



Roj: **SAP HU 291/2013 - ECLI:ES:APHU:2013:291**

Id Cendoj: **22125370012013100285**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Huesca**

Sección: **1**

Fecha: **31/07/2013**

Nº de Recurso: **165/2012**

Nº de Resolución: **156/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO ANGOS ULLATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

HUESCA

SENTENCIA: 00156/2013

A. Civil 165/2012 S310713.8U

Sentencia Apelación Civil Número 156

PRESIDENTE

SANTIAGO SERENA PUIG

MAGISTRADOS

ANTONIO ANGÓS ULLATE

JOSÉ TOMÁS GARCÍA CASTILLO

En Huesca, a treinta y uno de julio de dos mil trece.

En nombre del Rey, la Audiencia Provincial de Huesca ha visto el recurso de apelación planteado en los autos de juicio ordinario número 844/2010 seguidos ante el Juzgado de primera instancia e instrucción número 2 de Huesca, sobre reclamación de cantidad. **BANCO DE VALENCIA**, S.A. los promovió, como, demandante, dirigido por el letrado José Luis Espinilla Yagüe y representada por la procuradora Natalia Fañanás Puertas, contra Juan Pablo, Erica, Cesar y Ofelia, como demandados, defendidos por el letrado Pedro Barrachina Bolea y representados por la procuradora Marta Pardo Ibor. Se hallan pendientes ante este Tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 165 del año 2012, e interpuesto por los demandados, Juan Pablo, Erica, Cesar y Ofelia. Es ponente de esta sentencia el Magistrado ANTONIO ANGÓS ULLATE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada.

SEGUNDO : El indicado Juzgado de primera instancia e instrucción, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 14 de noviembre de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO / Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Fañanás Puertas en nombre y representación de **BANCO DE VALENCIA** SA contra D. Juan Pablo, D. Cesar, Dª Erica y Dª Ofelia, condeno a los demandados a satisfacer solidariamente al actor la suma de 39.649'07 euros, así como al pago de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda hasta su completo pago. Con expresa condena en costas a los demandados [...]".

TERCERO : Contra la anterior sentencia, los demandados, Juan Pablo, Erica, Cesar y Ofelia, interpusieron recurso de apelación mediante la presentación del oportuno escrito, en cuya súplica interesaron a esta Sala lo siguiente: "[...] revoque la dictada por el Juzgado, declarando su nulidad y ordenando la reposición de



las actuaciones al estado y momento en que se hubiere cometido la infracción y vulneración apreciada o, subsidiariamente, con estimación íntegra de este recurso, revoque la dictada por el Juzgado, dictando nueva sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda formulada por el **BANCO DE VALENCIA SA** contra los demandados con imposición a la parte demandante de las costas de primera instancia y sin que proceda hacer pronunciamiento en costas respecto del presente recurso". El Juzgado tuvo por interpuesto el recurso y dio traslado a las otras partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. En esa fase, la actora, **BANCO DE VALENCIA**, S.A., se opuso al recurso. Seguidamente, el Juzgado, tras emplazar a las partes por término de diez días, remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 165/2012. No habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el asunto quedara pendiente para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto señalamos el día de hoy.

En la tramitación de esta segunda instancia, no se han cumplido los plazos procesales por la atención prestada a otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : 1. Los demandados solicitan principalmente en su recurso, como hemos dicho, la declaración de nulidad de la sentencia y la retroacción de las actuaciones a fin de subsanar la incongruencia omisiva en que -según los apelantes- incurre la sentencia recurrida, al no analizar la oposición planteada frente a los intereses de demora y las comisiones por descubierto. Sin embargo, la incongruencia omisiva -*infra* o *cifra petita*- tendría que haber sido planteada ante el mismo Juzgado de instancia por la vía del complemento de resoluciones regulada en el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con su artículo 218.1, lo que constituye un requisito ineludible para poder denunciar posteriormente ese defecto procesal en el recurso de apelación, como exige expresamente el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con su artículo 465.3 (y lo mismo ocurre en el recurso extraordinario por infracción procesal, conforme al artículo 469.2). Por tanto, la falta de petición para complementar la resolución impugnada impide a las partes denunciar en el recurso devolutivo (como el de apelación) la incongruencia por omisión, como declara la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio del 2010 -ROJ: STS 3954/2010, que cita las sentencias de 12 de noviembre de 2008, RC n.º 113/2003 y 16 de diciembre de 2008, RC n.º 2635/2003; y en igual sentido pueden ser citadas las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2011 -ROJ: STS 7248/2011, 12 de febrero de 2013 -ROJ: STS 596/2013- y 5 de junio de 2013 -ROJ: STS 3126/2013). Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2013 (ROJ: STS 3015/2013), "no es facultativo para la parte prescindir del remedio previsto por la norma para forzar el recurso [en el caso resuelto allí por el Tribunal Supremo, recurso por infracción procesal]".

2. No se trata de una falta de motivación (artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por contraposición al apartado 1 del mismo precepto, como aclara la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012 -ROJ: STS 8531/2012), ni tampoco de una desestimación tácita de la pretensión, sino de una auténtica falta de pronunciamiento sobre excepciones planteadas por los demandados basadas en las normas imperativas que regulan los intereses y las comisiones bancarias. En este sentido se puede decir que los ahora apelantes ejercieron "pretensiones" a las que alude literalmente el apartado 2 del citado artículo 215.

3. Además, la solución al motivo de apelación que estamos analizando no sería en ningún caso la nulidad de las actuaciones, sino la prevista en el mencionado artículo 465.3, es decir, resolver en la misma sentencia de apelación sobre las cuestiones objeto del proceso, dado que la infracción procesal alegada se habría cometido al dictar sentencia en la primera instancia, no en una fase procesal anterior.

SEGUNDO : 1. En cuanto al fondo del asunto propiamente dicho, los apelantes alegan que se han realizado **transferencias no autorizadas ni consentidas que han determinado que en la cuenta de la que son titulares aparezcan saldos en descubierto por operaciones que no afectaban a los demandados**, según su propia tesis. Concretamente, cuestionan los traspasos entre cuentas de las siguientes operaciones: **a)** con fecha 25/03/2010, la **transferencia** de 567 euros desde la cuenta de cotitularidad de los demandados a la cuenta de **OSCENSE DE BIENES RAÍCES**, S.L. ES76 0093-0650-0700-0011-5923, "pese a la inexistencia de saldo en la cuenta desde que se hizo esa **transferencia**, lo que originó un descubierto en esa cuenta"; **b)** con fecha 28/04/2010, desde la cuenta cotitularidad de los cuatro demandados, la **transferencia** por importe de 33.450 euros a una cuenta del codemandado "Cesar (NUM000), en la que previamente se había producido un descubierto al cargar en esa cuenta un saldo negativo de la empresa **OSCENSE DE BIENES RAÍCES SL**, sin que en la cuenta desde la que se hizo la **transferencia** existiese saldo, lo que originó un descubierto en esa cuenta".

2. La actora argumenta que la otra parte aceptó órdenes de pago de la misma naturaleza, con lo cual parece que se refiere a la figura de los actos propios y al efecto vinculante derivado del silencio de los cuentacorrentistas.



Sin embargo, la única similitud son los saldos negativos correspondientes, pero no se ha acreditado que las órdenes de pago o disposiciones aludidas en el escrito de oposición al recurso y que causaron los asientos en la cuenta que se están comparando sean similares a las que son objeto del presente juicio. Por otro lado, tras el examen de las actuaciones y el visionado de la grabación del juicio debemos concluir que no consta una comunicación de los descubiertos que nos ocupan ni de que los demandados tuvieran la voluntad de pagar los créditos que los produjeron, como argumenta en un caso similar la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2000 (ROJ: STS 6315/2000).

3. A mayor abundamiento, la conformidad a la que se refiere la cláusula 3.2 de la póliza o "documento contractual de apertura de cuentas corrientes", una vez transcurridos 30 días sin que el **Banco** reciba comunicación en contra, afecta, como se dice allí de forma expresa, a la propia "información" que debe ser remitida periódicamente ("extracto de movimientos e información de saldos"), no a la procedencia de las partidas ni a la imposibilidad de discutir las con posterioridad, por lo que el transcurso de ese periodo "sin observación en contra" solo conllevaría efectos contables, como la imposibilidad de modificar la cuenta haciendo la oportuna retroacción de movimientos.

TERCERO : 1. Respecto a la primera **transferencia** por importe de 567 euros, el **banco** demandante encuentra su justificación en el documento de fecha 29 de noviembre de 2007 suscrito por el demandado **Juan Pablo** (aparece sin foliar -como el resto de las actuaciones- después de la audiencia previa), en donde aparece manuscrito el siguiente texto: "autorizo al **Banco de Valencia** a realizar traspasos entre mis cuentas y las de **OSCENSE BIENES RAÍCES**, S.L., según necesidades"; y hemos de tener en cuenta que Juan Pablo es administrador, junto con su hermano Cesar, también demandado, de **OSCENSE DE BIENES RAÍCES**, S.L.

2. Lo primero que debemos destacar es que el codemandado **Juan Pablo** firmó en blanco el indicado documento (en concreto, diez días después de suscribir el llamado "contrato de apertura de cuenta corriente" bancaria), como se desprende de sus propias manifestaciones emitidas en el juicio y de la declaración testifical del director de la sucursal del **banco** en esa época, **Ángel**, el cual reconoció que era de él la letra plasmada en el documento. Lo que no consta es que el demandado **Juan Pablo** hubiera asumido de algún modo el texto manuscrito referido esgrimido por la demandante para justificar la operación, por lo que no podemos considerar acreditado que hubiera prestado su consentimiento a ese acto. También debemos resaltar que la cuenta corriente fue firmada por todos los demandados en su condición de consumidores o usuarios, para cargar en ella principalmente las cuotas del préstamo hipotecario suscrito con motivo de la adquisición de una vivienda.

3. Ciertamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009), al estudiar el carácter abusivo de cláusulas-tipo previstas para diversos contratos bancarios celebrados con consumidores y usuarios, razona que "nada obsta a que un contratante pacte expresamente con el **Banco** que éste pueda compensar los saldos positivos y negativos de varias cuentas, y lo mismo que varios cotitulares de una cuenta asuman que la entidad pueda compensar las deudas aunque sean atribuibles solo a alguno, siempre que haya adecuada información al respecto". Pero, aun partiendo de la validez y vinculación del indicado documento, el régimen de solidaridad establecido en el contrato de cuenta corriente aquí controvertido no justifica el descubierto ni, por tanto, la obligación de asumirlo por parte de todos los cotitulares indistintos, como resulta de sus cláusulas 3.4 y 2 ['3.4. **DESCUBIERTOS EN CUENTA.**- Cuando se trate de cuenta corriente, se entiende tácitamente aceptado por el titular el crédito que se origine mediante descubierto en cuenta corriente por el simple hecho de haber cursado cualquier orden, domiciliación o disposición cuya atención implique la creación de dicho descubierto (...)' . '2. **COTITULARIDAD Y APODERAMIENTOS.** Cuando la cuenta se haya abierto a favor de varios titulares, se observará el régimen de disposición que aparece en el apartado de Condiciones del Contrato de este documento, entendiéndose que la disposición de la cuenta es indistinta o solidaria cuando nada se haya especificado al respecto. El titular de la cuenta podrá en cualquier momento autorizar a terceras personas para que puedan disponer de su cuenta entendiéndose que dicha autorización no tiene limitaciones salvo indicación expresa y escrita en el momento de la autorización. En caso de ser varios los titulares de la cuenta, la autorización se entenderá concedida por cualquiera de ellos si se trata de cotitularidad indistinta o en caso de ser mancomunada según el régimen de disposición establecido (...)']. La orden, domiciliación o disposición a que se refiere la estipulación 3.4 no puede comprender en su significado, desde el punto de vista literal y teleológico, una autorización genérica al **banco** para realizar traspasos entre las cuentas de uno de sus cuatro titulares y la cuenta de una sociedad vinculada a dos de ellos, **OSCENSE DE BIENES RAÍCES**, S.L. Esto nos llevaría a reconocer al propio **banco** la condición de **ordenante** o autorizado para compensar los saldos de una y otra de las dos cuentas de que hablamos, incluso mediando saldo negativo -como aquí ocurrió, con la consiguiente concesión de crédito a los demandados-, sin haber mediado el consentimiento de los cuatro titulares de la cuenta corriente de la que deriva la presente reclamación, mientras el contrato se refiere a que son sus propios titulares los que pueden hacer la oportuna orden o disposición; y la solidaridad convenida en el contrato de cuenta corriente entre los cuatro demandados no autoriza a modificar



los términos del contrato. La doctrina que se desprende de las dos sentencias del Tribunal Supremo citadas en el recurso (de 14 de junio de 1991 -ROJ: STS 3241/1991 - y 22 de diciembre de 1992 -ROJ: STS 9292/1992) favorece la tesis de los demandados, según la cual *es inadmisibile que el Banco pueda cargar en una cuenta que presenta saldo deudor, aunque sea indistinta o solidaria, cantidades adeudadas por uno de los titulares (en los casos allí estudiados, por descuento) obligando al otro titular a hacer efectivos los correspondientes importes en virtud de la solidaridad derivada del mero hecho de ser asentadas en la cuenta* . Del mismo modo, la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona también citada en el recurso, de 10 de diciembre del 2005 (ROJ: SAP B 12044/2005), destaca, al referirse a una cuenta de depósito a la vista, que, *por la naturaleza del contrato, el autorizado (un tercero) no puede obtener medios de crédito diferido que se carguen en la cuenta, lo que equipararía a los titulares de la cuenta, respecto de dicho crédito, a la figura del avalista* .

CUARTO : 1. Con relación a la **transferencia** por importe de 33.450 euros a una cuenta del codemandado Cesar (NUM000), el **banco** actor se remite a la cláusula 3.9 del contrato ['3.9 COMPENSACIÓN.- **BANCO DE VALENCIA** , S.A. queda autorizado con carácter irrevocable y entre tanto no hayan quedado totalmente canceladas las obligaciones a cargo del titular de esta cuenta para aplicar a su pago o amortización cualquier cantidad que exista en el **Banco** a su favor en toda clase de cuentas y depósitos, así como en imposiciones, pagarés (incluso por cesión temporal), certificados de depósito, títulos y valores, etc que procederá a realizarlos en el Mercado Oficial correspondiente, con arreglo a derecho, aplicando, incluso, por analogía, si fuere del caso, los artículos 323 y demás concordantes del Código de Comercio . El **Banco** podrá incluso declarar anticipadamente el vencimiento de dichos depósitos y efectos'] .

2. Sin embargo, aparte de lo dicho en el anterior fundamento hemos de indicar que el pacto que acabamos de reproducir autoriza la aplicación en la propia cuenta -a fin de reducir su importe- de cualquier tipo de crédito que puedan ostentar sus cotitulares, no al revés, es decir, extraer fondos de la cuenta para aplicarlos a otra distinta de la abierta con el contrato objeto de debate, como aquí ocurre, aunque aparezca a nombre de uno de sus cotitulares, **Cesar** , si bien ciertamente, como razona la parte apelada, la cláusula contractual 12 regula la situación del tercero autorizado, por lo que no es aplicable para resolver la controversia ['12.- AUTORIZACIÓN EN CUENTA. La presente autorización faculta al autorizado de esta cuenta a retirar o disponer libremente de los fondos de esta cuenta, retirar en ella todas las operaciones permitidas por la legislación y prácticas bancarias y de ahorro; librar cheques, retirar y hacerse cargo de talonarios, solicitar extractos, dar conformidad a los saldos existentes y cancelar la cuenta. En ningún caso se consentirán excesos de disposición sobre el saldo sin previa y expresa autorización del titular'] .

3. Las pólizas de liquidación de operaciones no son aquí aplicables, porque se trata de contratos distintos a los que fundan la demanda y porque no fueron suscritas por todos los aquí demandados, sino bien por **OSCENSE DE BIENES RAÍCES** , S.L., con el aval de los demandados Juan Pablo y Cesar , o bien por estos últimos como obligados principales.

4. Sobre este extremo, tampoco concurre, como en la primera **transferencia**, la oportuna autorización u orden de pago o traspaso, ni tampoco el consentimiento derivado del propio contrato. En consecuencia, también debemos excluir de la cuenta la cantidad de 33.450 euros, al ser improcedente.

QUINTO : Por todo ello, procede **estimar** en parte el recurso a fin de excluir de la cuenta ambas partidas (traspaso de 567 euros y "orden de pago" de 33.450 euros, según la denominación empleada por el perito), sin perjuicio de la aplicación de los intereses y comisiones reclamados, todo lo cual lleva a un saldo resultante de "-1.781.15 euros", a tenor de los cálculos desarrollados por el perito **Marino** en la primera parte de su informe (página 14); y esta es la cantidad por la que debemos estimar la demanda.

SEXTO : En cumplimiento del artículo 576 de la *Ley de enjuiciamiento civil* , al existir revocación parcial, procede establecer que los intereses del citado artículo se devengarán del modo que se dirá en la parte dispositiva. Como tenemos repetidamente declarado, los intereses procesales, si no concurre alguna circunstancia excepcional, se deben devengar desde la fecha de la primera resolución condenando al pago de una cantidad líquida, pero computando como principal la suma dispuesta en la apelación, en los casos de *minoración* , como aquí ocurre, mientras que en los casos en los que la condena se incrementa en apelación, el principal, desde el día en el que se dicta la resolución en apelación, debe pasar a ser ya no el dispuesto por el Juzgado, sino el indicado en la alzada.

SÉPTIMO : 1. No debemos hacer especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las dos instancias, puesto que tanto la demanda como en el recurso han sido estimados parcialmente (artículos 394.1 y 398.2 la *Ley de enjuiciamiento civil*).

2. Asimismo, procede disponer la devolución del depósito constituido para recurrir, en cumplimiento del apartado 9 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (añadida por el artículo 1.19 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre).



PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS : ESTIMAMOS en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandados, Juan Pablo , Erica , Cesar y Ofelia contra la sentencia referida, que REVOCAMOS parcialmente. En su virtud, ESTIMAMOS en parte la demanda presentada por **BANCO DE VALENCIA** , S.A. y CONDENAMOS a los demandados a pagar solidariamente a la actora la cantidad de **1.781,15** euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a partir de la fecha de la sentencia apelada, 14 de noviembre de 2011 , pero computando como principal la suma dispuesta en la apelación, hasta su completo pago.

No hacemos especial declaración sobre costas en ninguna de las dos instancias. Disponemos asimismo la devolución del depósito constituido para recurrir.

Sin perjuicio del derecho de las partes a intentar cuantos recursos consideren legalmente procedentes, contra esta resolución pueden haber, en su caso, los recursos de casación y de infracción procesal, a interponer ante esta misma Audiencia Provincial en un plazo de veinte días, respetando, en todo caso, todas las disposiciones legales reguladoras de dichos recursos, incluida la disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Notifíquese y devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta resolución, para que tenga lugar la ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá un testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.- La pongo yo, la Secretaria, para hacer constar que la anterior sentencia, dictada por la Sala, ha quedado publicada en la forma dispuesta por el artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Doy fe.