

Nº 28.7.1

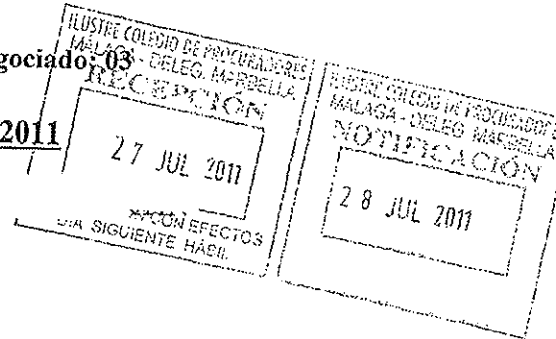
**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº DE MARBELLA**

Avd. Arias de Velasco, 15, Edificio Los Hallazgos  
Tif: 951.975.342 / 343 / 344 / 345, Fax: 951.975.346

Número de Identificación General:

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1/20 Negociado: 03

**SENTENCIA Nº 257/2011**



**JUEZ QUE LA DICTA:**

**Lugar:** MARBELLA

**Fecha:** veinticinco de julio de dos mil once

**PARTE DEMANDANTE:** BANCO

**Abogado:** JOSE CASTELLANO FERNANDEZ

**Procurador:** INMACULADA SANCHEZ FALQUINA

**PARTE DEMANDADA:**

**Abogado:**

**Procurador**



**OBJETO DEL JUICIO:** RECLAMACIÓN DE CANTIDAD

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la Procuradora de los Tribunales Sra. SÁNCHEZ FALQUINA, en nombre y representación de BANCO , se presentó en fecha uno de febrero de 2010 demanda de juicio ordinario contra , en la que, tras exponer los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitaba que se dictara sentencia por la que se condenase a la parte demandada a abonar al actor la suma de euros en concepto de restitución del pago indebidamente realizado, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, y las costas del procedimiento.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda mediante Auto de fecha 12 de marzo de 2010, se emplazó a la parte demandada con los apercibimientos legales oportunos, practicándose la diligencia de emplazamiento el día 29 de abril de 2010. Mediante escrito presentado en fecha 24 de mayo de 2010 por el Procurador Sr. , en nombre y representación de se formuló contestación a la demanda interesando su desestimación con imposición de costas a la actora.

**TERCERO.-** Convocadas las partes para la celebración de la Audiencia Previa al Juicio prevista en el artículo 414 de la LEC, comparecieron éstas el día señalado, sin alcanzar un acuerdo respecto de los extremos controvertidos. La parte actora se ratificó en su escrito inicial de demanda y contestó a la excepción de fondo de falta de legitimación pasiva aportando más documental que fue admitida, y aclaró que la única acción ejercitada es la de cobro de lo indebido, renunciando a reclamar la cantidad de euros, y fijando la

cantidad total objeto de reclamación en la cifra de                    euros. La parte demandada se ratificó en su escrito de contestación a la demanda. Recibido el pleito a prueba, se propusieron por la actora la documental por reproducida, más documental, interrogatorio del demandado, pericial judicial contable, y testificales de                    y de

Por la parte demandada se propuso la documental por reproducida. Todos los medios de prueba fueron admitidos, salvo la pericial judicial y cierta más documental propuestas por la actora.

**CUARTO.-** El juicio oral se celebró el día 3 de mayo de 2011, con la comparecencia de las partes, practicándose las pruebas admitidas con el resultado que obra en autos, exponiendo las partes seguidamente sus conclusiones, en las que la parte actora solicitó la práctica como diligencia final de la pericial judicial no admitida en la audiencia previa, tras lo cual quedaron los autos pendientes del dictado de sentencia. Mediante auto de fecha 10 de mayo de 2011 se acordó la práctica, como diligencia final, de dos actuaciones de prueba documentales, quedando en suspenso el término para dictar sentencia. Una vez cumplimentada la prueba documental, se dio traslado a las partes para alegaciones conforme al artículo 436 LEC, presentándose por las partes escritos de valoración de la prueba, tras lo cual se reanudó el término para el dictado de la presente sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación en autos de BANCO solicita que se condene al Sr.                    a la devolución de la cantidad de                    euros que la citada entidad bancaria habría ingresado por error en fecha 23/05/2007 en la cuenta número                    de la entidad actora, titularidad del Sr.                    cuando la citada cantidad derivaba de un cheque nominativo emitido por el Sr.                    a favor de Banco                    para la cancelación del préstamo hipotecario constituido en mayo de 2005 sobre la finca registral N°                    titularidad del Sr.                   

El demandado Sr.                    se opone a la anterior reclamación, alegando la falta de legitimación activa de BANCO                    por entender que no se justifica la absorción de BANCO                    por la primera entidad, y aduciendo, en cuanto al fondo, que el Sr.                    ignora los hechos pues en todas las relaciones estuvo representado por su padre el Sr.                   , que la acción ejercitada es de responsabilidad extracontractual con lo que a su criterio estaría prescrita por el transcurso de un año desde que se verificó el pago por error, que la parte actora no acredita haber efectuado el ingreso mediante cheque a que alude en su demanda, y que en fecha 25 de mayo de 2007 se produjo en la misma cuenta un cargo por importe de                    euros correspondiente a la cancelación del préstamo /

**SEGUNDO.-** Comenzando por la excepción de falta de legitimación activa de BANCO                    opuesta por la parte demandada, que sostiene que el Sr.                    mantuvo relaciones contractuales con BANCO                    pero no con BANCO                    y que desconoce la absorción de aquél por éste último, la misma no puede tener acogida. En primer lugar, la parte actora identifica correctamente en su demanda que la documentación que se aporta pertenece en parte a BANCO                    y en parte a

BANCO . debido que en el año 2009 se produjo la absorción de BANCO por la actora. Pero, y en segundo lugar, la fusión por absorción de BANCO y BANCO . quedando ésta última absorbida por BANCO , consta debidamente acreditada mediante el testimonio de la escritura de fusión por absorción de fecha 03/08/09 que se aporta como documento anexo del poder para pleitos que se adjunta con el escrito de demanda, documentación que se reiteró en el acto de la audiencia previa; en dicha copia de la escritura (que se aporta con la demanda) consta con claridad que el patrimonio de BANCO ha quedado integrado en el de BANCO transmitiéndose en bloque todos los elementos del activo y pasivo de manera que BANCO ostenta la titularidad de todos los bienes y derechos de aquélla, subrogándose en sus derechos y obligaciones. La fusión de dos sociedades anónimas implica, en caso de absorción, que la sociedad anónima absorbente adquirirá en bloque los patrimonios sociales de la sociedad absorbida, extinguiéndose esta última y manteniendo su personalidad jurídica propia la sociedad absorbente, en este caso el BANCO . Por tanto, y en relación al Banco de de , tal fusión no supone la extinción de su personalidad jurídica. Dicho documento justifica plenamente la legitimación activa de BANCO para reclamar en base a los créditos, derechos y obligaciones que ostentara en su día BANCO , careciendo de fundamento las alegaciones efectuadas por la parte demandada en su escrito de contestación. A mayor abundamiento, la notoriedad de dicha absorción, que es públicamente conocida, lo que haría innecesaria cualquier otra justificación, se adviera igualmente mediante las fotografías aportadas en la audiencia previa que reflejan la integración de la denominación de en los letreros luminosos identificativos de las sucursales bancarias; en todo caso, y para mayor justificación, los dos testigos Sra. y Sr. ambos empleados de BANCO desde hace años, corroboraron que la entidad BANCO había sido absorbida por BANCO . en sus respectivas declaraciones. La negación efectuada por la parte demandada de la eficacia a la absorción de ambas entidades carece de fundamento alguno, debiendo desestimar la excepción de fondo invocada.

**TERCERO.-** Aclarado lo anterior, la parte actora sustenta su acción en la doctrina de desarrollo jurisprudencial del enriquecimiento injusto y de cobro de lo indebido. La doctrina del enriquecimiento injusto tiene un carácter subsidiario o de cierre del sistema hasta el punto que *«cuando la Ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento»* (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1985, 2 de marzo de 1987, 23 de noviembre de 1989, 3 de marzo de 1990 y 19 de febrero de 1999). Tiene dicho al respecto el Tribunal Supremo (sentencia de 29 de enero de 2008, Recurso Nº 5393/2000) que *la doctrina del enriquecimiento injusto no permite que el Juez revise en términos de justicia o de equidad el resultado de las operaciones económicas o de tráfico realizadas por los particulares en el ámbito de la autonomía privada, el enriquecimiento injusto consiste bien en una pretensión de reembolso,...bien en la invocación de un principio general del Derecho para justificar una pretensión de reembolso que carece de otro apoyo, y que tiene su base en que excepcional y subsidiariamente el ordenamiento consiente la revisión de determinadas*

atribuciones o incrementos patrimoniales que se producen ya por transferencias patrimoniales a título de prestación o como consecuencia de haber realizado inversiones en determinados bienes o de haber utilizado en provecho propio bienes ajenos. La doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa permanece en nuestro Derecho como una secuela de las viejas condiciones, acciones personales recuperatorias que permiten obtener de quien ha resultado tributario de una prestación, o beneficiario de un incremento patrimonial por una inversión o por haber utilizado en provecho propio bienes ajenos sin un título que se lo permitiera, la medida del enriquecimiento que ha experimentado, generalmente, pero no siempre, correlativamente al empobrecimiento de la contraparte. Se trata, en todos los casos, de supuestos en los que la prestación, la inversión o la utilización carecían de justificación en una previa relación contractual o en una específica previsión legal (SSTS 26 de junio y 31 de julio de 2002, 27 de marzo y 8 de julio de 2003, etc.) o se han producido en su seno, pero trascendiendo la órbita de eficacia de lo convenido. Y afirma que (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007, Recurso N° 4049/2007) Para la apreciación de la concurrencia de este principio, la jurisprudencia ha exigido reiteradamente que se produzca el enriquecimiento del demandado, el correlativo empobrecimiento del actor y la falta de causa justificativa del enriquecimiento, de modo que la relación contractual que proporciona unos beneficios al demandado, justifica sus aumentos patrimoniales y, en consecuencia, excluye el enriquecimiento (sentencia de 5 diciembre 1993). La sentencia de 8 julio 2003 señala que "por ello, según reiteradamente ha declarado esta Sala no cabe aplicar dicha doctrina cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos (Sentencia de 26 de junio de 2002) o existe una expresa disposición legal que lo autoriza (Sentencia de 31 de julio del mismo año), debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concorra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz (Sentencia de 18 de febrero del año en curso)". O, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2009, la doctrina del enriquecimiento injusto, que, como señala la Sentencia de 28 de febrero de 2007, resulta únicamente de aplicación cuando el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, de justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz.

Nuestro ordenamiento contempla también la figura del llamado cobro de lo indebido, que se sustenta jurídicamente en el artículo 1.895 CC, recordando al efecto la doctrina del Tribunal Supremo (ya desde sentencias como la de 21 de noviembre de 1957) que "son requisitos para que pueda ejercitarse la acción de repetición de lo indebido: **Primero.** Pago efectivo hecho con la intención de extinguir la deuda («animo solvendi») o en general de cumplir un deber jurídico; **Segundo.** Inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y por consiguiente, falta de causa en el pago, que puede ser indebido subjetivamente («ex persona»), cuando existiendo el vínculo relacione a personas distintas de la que da y recibe el pago, u objetivamente («ex re»), cuando falta la relación de obligaciones entre «solvens y accipiens» bien porque jamás haya existido la obligación («cosa que nunca se debió», según expresa el artículo 1901), porque aún no haya llegado a constituirse (obligación sujeta a una condición que todavía no se ha cumplido), porque habiendo

*existido la deuda, esté pagada o extinguida («cosa que ya estaba pagada», como dice el mismo artículo 1901), o porque se haya entregado mayor cantidad que la debida y Tercero. Error por parte del que hizo el pago, habiendo declarado esta Sala en su Sentencia de 7 de julio de 1950, que el artículo 1895, no distingue entre el error de derecho y el error de hecho, limitándose a declarar que cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla, y así es justo que sea, pues de otro modo vendría a sancionarse un enriquecimiento injusto en el erario ajeno».*

Al respecto de la naturaleza de la acción ejercitada, no pueden compartirse los argumentos expuestos por la parte demandada, que sostiene que se trata de una acción de responsabilidad extracontractual que estaría prescrita por el transcurso del plazo de un año, y no de la acción de cobro de lo indebido. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2007 invocada por la demandada en su contestación en fundamento de este argumento, se refiere a un supuesto de hecho distinto al que nos ocupa, puesto que en aquél se trataba de una transferencia patrimonial verificada en cumplimiento de una orden que resultó ser falsa y que dio lugar a la incoación de un procedimiento *penal* por estafa que se archivó por no localizar a los presuntos responsables; debe ponerse de manifiesto que la parte demandada invoca de manera parcial el contenido de la citada sentencia, pues el párrafo primero que la demandada transcribe en realidad dice **“III.- Otra es la estimación que realiza la Sala de Apelación. 1.- Ante todo, a juicio de la Sala no estamos ante un supuesto de cobro de lo indebido. No hubo pago - dice - ni cobro, y en todo caso lo que hubo fue un error en cuanto no había obligación de pagar..(a)No hubo pago, por falta de un desplazamiento patrimonial hecho por el solvens con ánimo solutorio a favor del accipiens. Cuando la entrega obedezca a finalidad distinta (STS 30 de enero de 1986 ) podrá haber, en su caso, enriquecimiento injusto, pero no cobro de lo indebido. (b) No hubo cobro por el demandado, pues el dinero se ingresó en una cuenta de clientes y B&T, entiende la Sala, " nunca recibió el dinero para sí, sino para gestionarlo" (c)Lo que sí hubo fue un error, no respecto a que no existía derecho a cobrar, sino a que no se debía enviar la transferencia, aunque este error lo padeció el Banco y no el titular de la cuenta de la que procedía el dinero”**; este párrafo no corresponde a un pronunciamiento emitido por el Tribunal Supremo, sino a la transcripción que en la sentencia del Alto Tribunal se hace de los pronunciamientos de la Sala de la Audiencia Provincial que conoció de la apelación.

Para mayor claridad, se reproduce a continuación el contenido del fundamento de derecho segundo de la sentencia: *“El Recurso, como se ha dicho, se formula a través de cuatro motivos, todos ellos al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881. El primero denuncia la infracción del artículo 1902 del Código civil "y de la abundante doctrina jurisprudencial que lo interpreta", el segundo trata de razonar la infracción del artículo 1253 del Código civil, el tercero argumenta la vulneración del artículo 1895 del Código civil y el cuarto la del artículo 1232 del CC. Al formular la impugnación, la parte recurrida señala, en una suerte de Introducción previa a su examen de los motivos, que se trata de una cuestión de responsabilidad civil, y al analizar el Motivo primero llama la atención sobre lo que califica como incompatibilidad entre los motivos Primero y Tercero, pues se trata de decidir si la cuestión se ha de llevar al terreno de la responsabilidad civil o se ha de enjuiciar como un supuesto de "cobro de lo indebido" y obviamente no cabe la aplicación promiscua de unas y otras reglas. Es forzoso, por ello, que la primera cuestión*

que haya que abordar sea precisamente la que consiste en determinar si estamos ante un daño, del que surge la acción de reparación o indemnización, o ante un cobro de lo indebido que ha generado un enriquecimiento injusto y, por ello, se ha de corregir a través de una *condictio*, una acción personal de recuperación de lo injustamente obtenido, que sería en este caso la *condictio indebiti*, hipótesis en la que se han de aplicar las reglas restitutorias que se previenen en los artículos 1896 y sigs. del Código civil. La Sentencia recurrida descarta que se pueda subsumir el caso bajo las reglas del cobro de lo indebido. La Sentencia de Primera Instancia había subsumido el deber de restitución bajo las reglas del "cobro de lo indebido" (Fundamento Jurídico Quinto), pero, dado que no se había producido enriquecimiento, y que se tiene prueba de la negligencia con que, a su juicio, se ha producido B&T, estima aplicables las reglas de indemnización por daños del artículo 1902 del Código civil. La parte recurrente, que había configurado la demanda, hasta el punto de hacerlo explícito en el *petitum*, como una pretensión de restitución de lo indebidamente entregado, añadió como pretensión "alternativa y subsidiaria" la indemnización por daños, y ahora acude, en primer lugar, a justificar esta última, que considera haber sido desconocida por la Sentencia recurrida con infracción del artículo 1902 CC. Está de acuerdo la parte recurrida en que nos encontramos ante "una cuestión de responsabilidad civil" que deriva de la comisión (por otros) de un delito. No hay en el caso, en efecto, un problema de cobro de lo indebido, como acertadamente entiende la Sala de instancia, aunque ciertamente no es fácil separar en nuestro Derecho el tratamiento del Derecho de daños respecto del que podría ser denominado "Derecho de enriquecimiento". La más autorizada doctrina había señalado que la *condictio indebiti* exige siempre "un aumento patrimonial que tenga su fundamento en un proyecto jurídico-obligatorio", es decir, en una actividad o comportamiento realizado con la finalidad de ejecutar un plan jurídico-obligatorio. El Código civil, por razón del peso de la tradición y del arrastre de concepciones doctrinales que han influido en su redacción, se basa en una concepción estricta, y los preceptos contenidos en los artículos 1895 y sigs. exigen, como punto de partida, un acto con función solutoria que además se haya producido con error del *solvens*. Es cierto que en ocasiones apunta la propia jurisprudencia una concepción más amplia de la *condictio* de prestación, para comprender una idea más laxa de prestación o para aproximar las soluciones que se dan en tema de este cuasicontrato de cobro de lo indebido a los supuestos de pagos indebidos sin error, en cuanto no estén cubiertos por las reglas restitutorias dictadas en materia contractual para las hipótesis de nulidad, anulabilidad, resolución o rescisión, pero se tenga el concepto que se tenga de esta *condictio* de prestación, y de la función del error del *solvens* (esto es, si constituye elemento esencial de la *condictio*, sin cuya presencia no cabe aplicar el régimen previsto, o si simplemente la modula, para convertirla en una *condictio sine causa*, como parece deducirse de las Sentencias de 30 de septiembre de 1987, de 11 de diciembre de 2000, etc.) el punto de partida se ha de encontrar en una entrega efectuada *solvendi animo* (Sentencias de 12 de abril de 1989, 20 de octubre de 1993, 20 de julio de 1998, etc.) que aquí no se produce, puesto que la transferencia que produce el Banco de Crédito Local a una cuenta de la que es titular B&T no obedece a una relación o un proyecto jurídico-obligatorio entre estas entidades, ni se verifica en función de pago de una prestación. La entrega de cosa o cantidad no debida, y la presencia de error en el *solvens* son factores que ha destacado la jurisprudencia en muchas decisiones (desde las Sentencias de 20 de mayo de 1911, 5 de mayo de 1931, 4 de marzo de 1936, etc.), en tanto que otras

*declaraban que puede tratarse de error de hecho o de derecho (Sentencias de 4 de abril de 1903, 7 de julio de 1950, etc.). La Sentencia de 21 de noviembre de 1957, seguida por las de 6 de julio de 1968, 12 de noviembre de 1975, 30 de enero de 1986 y 8 de julio de 1999, señalaba que ha de haber un "pago efectivo hecho con la intención de extinguir la deuda (animo solvendi) o, en general, de cumplir un deber jurídico" y, además, la "inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y, por consiguiente, falta de causa en el pago", que puede ser indebido subjetivamente (ex persona), cuando existiendo el vínculo relacione a personas distintas de la que da y de la que recibe el pago, u objetivamente (ex re), cuando falta la relación de obligaciones entre solvens y accipiens, bien porque jamás ha existido la obligación o porque aún no ha llegado a constituirse o porque, habiendo existido la deuda, ya esté pagada o extinguida; y, finalmente, el error por parte del que hizo el pago. Las Sentencias de 24 de abril de 1976 y 26 de marzo de 1986 remarcaban la necesidad de que se dieran los dos elementos básicos: entrega de cosa o cantidad indebida y error en el solvens. La Sentencia de 25 de noviembre de 1989 insistía en la necesidad de una atribución sin causa producida por error. Sólo de una manera muy forzada cabría ver en el caso un problema de entrega sin causa (dada la falsedad de la orden emitida supuestamente por el Ayuntamiento de Málaga) que se produce por error del solvens (error que consistiría en la creencia de que la orden del Ayuntamiento es legítima) (...) Se trata, según ello, de una entrega inducida a través de una acción ilícita, y la recuperación de lo entregado se encontraría en la órbita consecencial del ilícito (...)"*

Como se anunciaba, la sentencia que se ha mencionado se refiere a un supuesto de hecho distinto al de litis, y por tanto la invocación de la doctrina citada es incorrecta, pues en este supuesto el pago verificado por la entidad actora en beneficio del demandado no ha tenido como causa la comisión de un delito de estafa por un tercero ajeno a la litis, delito que haya generado un perjuicio patrimonial a la demandante que deba ser considerado un daño al modo de los supuestos de responsabilidad civil extracontractual (tenga ésta origen delictivo o no). En el supuesto de litis el pago de la cantidad no debida al demandado tuvo como causa el mero error en quien verificó el pago, derivado de las relaciones contractuales previas existentes entre las partes, existiendo una obligación de pago de la cantidad de euros cuyo beneficiario era el propio Banco demandante, si bien en el momento del pago se produjo un error subjetivo respecto de la persona que debía recibir ese pago, ingresándose la cantidad en la cuenta corriente del demandado, como se expondrá en el fundamento que sigue. Nos hallamos ante un supuesto en que la obligación jurídica de pago existía, si bien teniendo como beneficiario destinatario al BANCO demandante, y no al Sr. , concurriendo pues los requisitos jurisprudenciales indicados en la sentencia que se acaba de mencionar, pues ha existido "un pago efectivo hecho con la intención de extinguir la deuda" (pues se emitió el cheque para cancelar una hipoteca) y, además concurre "la inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y, por consiguiente, falta de causa en el pago", en este caso "indebido subjetivamente (ex persona), cuando existiendo el vínculo, relacione a personas distintas de la que da y de la que recibe el pago", ya que la persona que debía haber recibido ese pago no era el demandado, sino el Banco demandante. La acción ejercitada es en definitiva la de cobro de lo indebido, y no la de responsabilidad extracontractual, debiendo desestimar por ello de manera subsidiaria la alegación de prescripción efectuada por la parte demandada.

**CUARTO.-** Dando por reproducido el fundamento que precede respecto de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para que pueda prosperar la acción que se ejercita, se analiza a continuación su concurrencia en el supuesto de autos.

La documental aportada a las actuaciones, no impugnada en cuanto a su autenticidad sino en cuanto a su valor probatorio, permite declarar probado que en fecha **24 de mayo de 2004** se otorgó escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria (documento uno de la demanda) entre, de un lado y como parte prestamista, los representantes de BANCO , y, de otro lado, Don actuando éste en su propio nombre y derecho y además en nombre y representación de , y en nombre y representación de su hijo según poder otorgado en Marbella el día 17 de abril de 2000, actuando como parte prestataria e hipotecante, y el Sr. como parte avalista. En dicha escritura se estipula que BANCO entrega a en calidad de préstamo la suma de euros que se hace constar ha sido abonada en la cuenta número abierta a su nombre en la propia entidad prestamista, constituyendo el Sr. hipoteca sobre la finca registral N° de su titularidad (documento dos de la demanda) descrita en la escritura en garantía del préstamo y sita en Estepona; en dicha escritura se hace constar igualmente que los pagos de las cuotas del préstamo hipotecario se harán en la sucursal de Marbella de la entidad bancaria, en la cuenta número En fecha **23 de mayo de 2007** la citada entidad bancaria otorga ante el Notario de Estepona Jorge Moro, escritura pública (documento tres de la demanda, copia simple de la escritura) en la cual, tras exponer que mediante la escritura pública de 24 de mayo de 2005 precitada la finca registral titularidad de quedó gravada con una hipoteca a favor de la actora por un importe de de principal, más intereses, costas y gastos, otorgan carta de pago a favor del Sr. por el importe del capital del préstamo e intereses devengados de que responde la finca y cancelan la hipoteca constituida, haciendo constar que *“la entidad acreedora ha recibido la totalidad del préstamo referido mediante cheque bancario nominativo de la entidad de fecha 23 de mayo de 2007 que queda incorporado en esta escritura fotocopiado en un folio exclusivo para documentos notariales de la serie dando fe yo el Notario de su concordancia con el original”*. Según consta en la Nota Simple Informativa de 28/01/2010 aportada como documento cuatro de la demanda, la citada finca registral fue transmitida el mismo día **23 de mayo de 2007** ante el mismo Notario , mediante escritura pública de compraventa, a favor de no figurando ya inscrita la carga hipotecaria precitada constituida por el Sr. .

La entidad bancaria demandante Certifica por otro lado en fecha 15/12/2009 que el préstamo (número coincidente con el designado en la escritura pública de 24/05/04) a nombre de con avalistas tiene una deuda pendiente por capital de euros (documento 5 de la demanda). La entidad bancaria certifica así mismo que el listado de movimientos de la cuenta bancaria de su entidad con número titularidad de . aportado junto como parte del documento seis de la demanda, coincide con el original, constatando cómo en dicho extracto de movimientos aparece en fecha **23 de mayo de 2007**,

coincidente con la fecha de la escritura de cancelación de la hipoteca, un movimiento de "Ingreso de cheques a cargo de otros Bancos" por importe de ..... euros a favor del Sr. .... En el mismo extracto, aparece un movimiento de cargo negativo realizado en fecha 25/05/2007 descrito como "Cancelación total del préstamo núm. ...." por la cantidad de ..... euros. Del mero cotejo de los números de los préstamos se evidencia que el movimiento de fecha 25/05/07 alude a un préstamo con N° ....., distinto en consecuencia al préstamo constituido mediante la escritura pública ya mencionada, que cuenta con el número ..... según refleja la propia escritura pública.

La Sra. ...., Directora desde septiembre del año 2007 de la sucursal de Marbella del ..... declaró en la vista, tras reconocer como suya la firma que obra al pie del documento 5 de la demanda, que conocía al demandado por ser cliente de la oficina, que tras cancelarse el préstamo hipotecario que tenía suscrito el demandado se ingresó un cheque por el mismo importe a que ascendía el importe de la cancelación del préstamo en la misma cuenta del demandado, pero que esto lo comprobaron posteriormente al ver en la documentación del expediente que el préstamo tenía carta de pago, explicando la testigo que el día 23 de mayo de 2007 se expidieron según consta en el expediente dos cheques, uno nominativo a favor de Banco ..... por importe de ..... y otro a favor del Sr. .... y que la suma del importe de ambos cheques ascendía a la cantidad de ..... euros, que es el movimiento de ingreso que aparece realizado en la cuenta del Sr. .... en fecha 23 de mayo de 2007 según el extracto bancario adjunto al documento 6 de la demanda. La testigo explicó que se comprobó esta circunstancia cuando el banco reclamó al Sr. .... el impago de las cuotas del préstamo, y el demandado les refirió que la vivienda ya no era suya, por lo que comprobó cómo efectivamente la hipoteca ya no estaba inscrita según la nota simple registral que obtuvo, ante lo cual comenzaron a recabar información para ver qué había sucedido, y que entonces se percataron de que por error se había ingresado el cheque nominativo a favor de BANCO .....; la testigo reiteró que el movimiento de 23 de mayo de 2007 precitado es igual a la suma de los dos cheques, ya que en su día lo comprobó y pudo ver todos los documentos que soportaban cada movimiento del extracto incluidos los cheques; y también expuso que todos los préstamos del Banco llevan un número exclusivo y único, indicando que el movimiento de fecha 25/05/07 se refiere a la cancelación de un préstamo distinto al de litis; la testigo manifestó igualmente que la finca registral ..... es la finca cuyo préstamo se canceló informáticamente pero no económicamente por el Banco.

El testigo ..... empleado de BANCO ..... S.A. desde hace treinta años aproximadamente, e Interventor de la sucursal de Marbella desde marzo de 2008, corroboró en su declaración lo expuesto por la Sra. .... reiterando en este sentido que en la cuenta del Sr. .... se efectuó en mayo de 2007 un ingreso por importe de ..... euros que obedece a una compensación en su cuenta de dos cheques, señalando que él ha visto la documentación del expediente, entre la que se encuentran los dos cheques ingresados, uno de los cuales era nominativo a favor de BANCO ..... por importe de más de ..... euros, y otro era nominativo a favor

del Sr. \_\_\_\_\_ por el importe a que ascendía la diferencia hasta los \_\_\_\_\_ euros, indicando que la suma de los dos cheques emitidos a consecuencia de la operación de compra venta y de cancelación de hipoteca ascendía a la cantidad de \_\_\_\_\_ euros, y señalando igualmente que el otro cargo por importe de \_\_\_\_\_ € de fecha 25/05/07 no se corresponde con la cancelación de este préstamo sino con la cancelación de un segundo préstamo, aseverando que se trata de una operación distinta a la litigiosa; el testigo afirmó así que el préstamo que se cancelaba con la operación de 23/05/07 era la que gravaba la finca registral \_\_\_\_\_, y que aquél era distinto a la operación posterior cancelada el 25/05/07. El Sr. \_\_\_\_\_ manifestó también que él no sólo había visto los dos cheques a que había aludido en su declaración, sino que incluso los traía consigo pues seguían obrando en el expediente al que se había referido.

De otro lado el demandado Sr. \_\_\_\_\_ admitió durante su interrogatorio que él era cliente de BANCO \_\_\_\_\_ pero que su padre era quien le representaba en estas operaciones, reconociendo que él tenía concertadas varias operaciones de préstamo con la entidad demandante a través de su padre pero que él no tenía mucho que ver con el día a día de las cuentas; el demandado admitió también que una de las operaciones era un préstamo hipotecario destinado a la compra de una vivienda sita en Puerto Blanco, Estepona, aunque él había tenido conocimiento de este hecho más tarde pues no seguía el día a día de lo que hacía su padre, afirmando que él desconocía incluso que su padre había vendido en mayo del año 2007 la vivienda precitada pues él vive en Londres; el demandado declaró que él no sabía nada de las cosas que pasaban con el poder que había otorgado a favor de su padre, que no sabía tampoco nada sobre las condiciones de la escritura de compraventa de mayo de 2007, ni si el importe de cancelación del préstamo hipotecario se ingresó o no de nuevo en su cuenta; el demandado no obstante admitió también que el poder que había otorgado a favor de su padre en el año 2000 para que pudiera realizar todas estas operaciones en su nombre no había sido revocado a fecha de celebración del juicio oral. De este modo, y al no constar que el Sr. \_\_\_\_\_ haya impugnado en modo alguno las operaciones llevadas a cabo por su padre mediante el poder otorgado a su favor por su hijo, y no habiendo sido siquiera revocado su poder (que se entiende extinguido por muerte del mandatario conforme al artículo 1.732.3º CC desde la fecha del fallecimiento, esto es, desde el 10/02/09), el mandante no puede oponerse al cumplimiento de las obligaciones contraídas por su mandatario aduciendo ignorancia o desconocimiento de las mismas, ya que no se ha acreditado (ni alegado por la parte demandada) que el mandatario se hubiese excedido de los límites del mandato, lo que determina la obligación del Sr. \_\_\_\_\_ de cumplir con dichas obligaciones conforme a lo previsto en el artículo 1.727 CC.

Por último, la documental aportada a las actuaciones, en concreto la copia de la escritura pública de compraventa otorgada en fecha \_\_\_\_\_ (número de protocolo \_\_\_\_\_) ante el Notario de Estepona Sr. \_\_\_\_\_, remitida por la citada Notaría en fecha 22 de mayo de 2011, corroboran lo hasta ahora manifestado tanto por la parte actora como por los dos testigos Sr. \_\_\_\_\_ Sra. \_\_\_\_\_, dicha escritura acredita que el Sr. \_\_\_\_\_ en nombre y representación del demandado Sr. \_\_\_\_\_ procedió a vender la finca registral Nº \_\_\_\_\_ a la Sra. \_\_\_\_\_, por un precio de \_\_\_\_\_ euros; haciendo constar la escritura de manara expresa que la finca estaba gravada con la hipoteca a favor de

BANCO . . . mencionada con anterioridad y constituida en escritura de fecha 24/05/05 bajo el número de protocolo . . . que dicha hipoteca era cancelada en el mismo día de la escritura de compraventa ante el mismo Notario y bajo el número de protocolo inmediatamente anterior; la escritura de compraventa hace igualmente constar que el precio de . . . euros se satisface de modo que la cantidad de . . . euros es abonada mediante cheque bancario nominativo de fecha 23/05/07 cuya copia queda unida a la escritura, y de modo que la cantidad de . . . euros "*se retiene para cancelar el préstamo con garantía hipotecaria que recae sobre la finca antes descrita, mediante cheque bancario nominativo de fecha 23 de mayo de 2007...*" cuya copia queda unida igualmente a la escritura. La suma de las dos cantidades precitadas, de . . . euros y de . . . euros, asciende a la cantidad de . . . euros, cifra que fue ingresada en fecha 23 de mayo de 2007 en la cuenta bancaria del demandado según consta en el documento 6 de la demanda. La copia literal de la escritura pública de compraventa de 23 de mayo de 2007 incorpora una fotocopia de los dos cheques librados para el pago de la compraventa mencionada, comprobando, como así habían manifestado los Sres. . . y . . . que en cumplimiento de lo pactado por el Sr. . . con la parte compradora se libró un cheque nominativo de la entidad . . . a favor de BANCO . . . por importe de . . . euros destinado a la cancelación de la hipoteca que pesaba sobre la finca . . . , y un segundo cheque nominativo de la entidad . . . a favor del demandado por importe de . . . euros destinado al pago del precio de la compraventa. Debe señalarse que la parte actora no tiene la carga de acreditar el contenido de la escritura pública de compraventa de 23 de mayo de 2007, pues la entidad bancaria no ha sido parte en la misma, sino el demandado, quien por facilidad y accesibilidad probatoria (artículo 217 LEC) tenía la carga de probar su contenido; al no hacerlo, y negar además que el contenido de la escritura era el expuesto por la parte demandante, ha sido preciso remitir oficio a la Notaría a fin de advenir los extremos manifestados por la actora en su demanda.

En consecuencia, atendiendo a las manifestaciones coincidentes y coherentes de los dos testigos que han depuesto en autos, valorando sus testimonios según las reglas de la sana crítica (artículo 376 LEC), y resultando avaladas sus declaraciones por la prueba documental aportada a autos, teniendo a su vez en cuenta las respuestas evasivas ofrecidas por el Sr. . . en su interrogatorio (con las consecuencias previstas en el artículo 307.2º LEC), procede estimar acreditado que en fecha 23 de mayo de 2007 se procedió a la venta por parte del Sr. . . de la finca registral Nº . . . , que fue adquirida por . . . (documentos dos y cuatro de la demanda), procediéndose igualmente y en igual fecha 23/05/07 a la cancelación del préstamo hipotecario constituido por el Sr. . . en fecha 24/05/2004 sobre la citada finca (documento 1 de la demanda), ello mediante el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca aportada como documento 3 de la demanda; y consta así mismo acreditado que el día 23/05/07 se realizaron dos ingresos en la cuenta bancaria titularidad del Sr. . . de dos cheques bancarios por importe total de . . . euros (documento seis de la demanda), a consecuencia del ingreso por error del cheque nominativo emitido a favor de BANCO . . . por importe de . . . € para la cancelación del préstamo hipotecario precitado y según lo pactado en la escritura pública de compraventa de 23 de mayo de 2007, y del ingreso del cheque nominativo emitido a favor del Sr. . .

por la diferencia de € para el pago del precio de la venta de la finca registral N° . En atención a lo expuesto, debe declararse acreditado que el ingreso verificado en fecha 23 de mayo de 2007 por importe de euros en la cuenta del Sr. se produjo de manera errónea, por cuanto que el destinatario del citado importe no era el hoy demandado, sino la entidad bancaria demandante, ya que la finalidad de dicho ingreso era proceder a la cancelación del préstamo bancario constituido sobre la finca , constando por tanto acreditado que se procedió al pago erróneo de dicha suma y que la parte demandada procedió a su cobro indebido, reteniendo injustificadamente la parte demandada su devolución pese a haber sido requerida extrajudicialmente para su reintegro, resultando en definitiva acreditados los presupuestos exigidos por la acción de repetición de lo indebidamente percibido prevista en el artículo 1895 CC, y conforme a la doctrina jurisprudencial mencionada. Y ello sin que por la parte demandada se haya acreditado la devolución de la suma reclamada. En el supuesto de litis, concurren todos y cada uno de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para la apreciación del citado enriquecimiento injusto, pues, acreditado el empobrecimiento de la actora al haber ésta otorgado carta de pago por la cancelación del préstamo hipotecario por importe de euros sin haber sido ingresada dicha suma (pues como acredita el documento 5 de la demanda no se procedió a la cancelación bancaria del préstamo sino sólo a la registral), y el correlativo enriquecimiento del demandado en dicha cantidad, que según lo pactado en la escritura de venta tenía como destino servir a la cancelación del préstamo y no acrecer el patrimonio del demandado, carece dicho enriquecimiento de justificación alguna por cuanto que el beneficiario de dicha suma era la entidad bancaria y no el demandado. De este modo, e incumbiendo a la parte demandada la carga de probar la existencia de la devolución de la suma reclamada incluso extrajudicialmente, y no habiéndose aportado por la misma prueba alguna dirigida a justificar tales extremos, procede estimar las pretensiones de la actora, condenando al Sr. abonar a BANCO la suma de euros en virtud de lo previsto en el artículo 1.895 del Código Civil.

**QUINTO.-** Consistiendo la obligación en el pago de una cantidad de dinero, deberá la parte demandada deudora abonar, además del principal, los intereses devengados, correspondientes a un interés anual equivalente al legal del dinero desde la fecha de interpelación judicial producida el día 1 de febrero de 2010, hasta la fecha del dictado de esta sentencia, en que se devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos hasta su completo pago o consignación, conforme a lo dispuesto en el artículo 576.1º de la LEC.

**SEXTO.-** En cuanto a las costas procesales generadas, al haber sido estimadas sustancialmente las pretensiones de la actora, se imponen a la demandada condenada, (artículo 394.1º LEC), criterio éste recogido en la Jurisprudencia y admitido por razones de equidad en Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2001, de 1 de julio de 1993, y de 17 de julio de 1997, al afirmar que *“el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal, sino sustancial, de forma que la pretensión actora aparece acogida en su integridad, aunque una de las partidas se reduzca respecto a la cantidad señalada con finalidad indiciaria u orientativa; entenderlo de otra manera sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto”*. El concepto de estimación sustancial y prácticamente total ha sido equiparado por el Tribunal Supremo (sentencia de fecha cuatro de julio de 1997) al

vencimiento objetivo a los efectos de lo prevenido en el primer párrafo del hoy artículo 394.1º de la L.E.C. Y, en el presente supuesto, es de ver que la totalidad de los presupuestos de la acción ejercitada en la demanda se han acreditado, difiriendo únicamente el importe de la condena en un escaso porcentaje del inicialmente reclamado en la demanda, al haber renunciado la parte actora en la Audiencia Previa a su reclamación, por lo que procede imponer las costas procesales a la parte demandada condenada.

Vistos, los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### F A L L O

QUE **ESTIMANDO** la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. SÁNCHEZ FALQUINA, en nombre y representación de BANCO  
, contra  
, debo **condenar y condeno** al referido demandado a abonar a la actora la cantidad de

más los intereses legales conforme a lo previsto en el Fundamento de Derecho QUINTO de esta resolución. Las costas procesales se imponen a la parte demandada.

Contra esta resolución cabe recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de MALAGA (artículo 455 L.E.C.). El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 L.E.C.). Para la admisión a trámite del recurso previamente deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de nº )

indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso de apelación seguido del código '02', de conformidad en lo establecido en la Disposición adicional Decimoquinta de la L.O 6/1985 del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.