

Roj: **SAP B 6983/2010 - ECLI:ES:APB:2010:6983**

Id Cendoj: **08019370012010100298**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **05/10/2010**

Nº de Recurso: **276/2009**

Nº de Resolución: **418/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DOLORS PORTELLA LLUCH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 6983/2010,**  
**STS 1832/2013**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN PRIMERA

**SENTENCIA Nº 418**

Recurso de apelación nº 276/09

Procedente del procedimiento nº 247/08 Juicio ordinario

Tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 55 de Barcelona

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, formada por los Magistrados DÑA. M<sup>a</sup> DOLORS PORTELLA LLUCH, DON ANTONIO RECIO CORDOVA y DON ENRIC ALAVEDRA FARRANDO actuando la primera de ellos como

Presidente del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº 276/09 interpuesto contra la sentencia dictada el día 16 de

diciembre de 2008 en el procedimiento nº 247/08 tramitado por el Juzgado de Primera Instancia 55 de Barcelona en el que es

recurrente HEPESTEL, S.A. y apelado CITIBANK ESPAÑA, S.A., previa deliberación, pronuncia en nombre de S.M. el Rey de

España la siguiente

**S E N T E N C I A**

Barcelona, 5 de octubre de 2010

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente: FALLO: Desestimando la demanda interpuesta por HEPESTEL, S.A. contra CITIBANK ESPAÑA, S.A., absuelvo a la demandada e impongo el pago de las costas de la litis a la demandante.

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistrada Ponente DÑA. M<sup>a</sup> DOLORS PORTELLA LLUCH.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hapestel SA instó la demanda contra Citibank España SA por considerar a la referida demandada responsable del incumplimiento por sus empleados, de la orden de Imposición a Plazo Fijo de la cantidad de 200.000.000 de pesetas, efectuada por el legal representante de la ahora actora D. Millán , y que del referido incumplimiento se había derivado perjuicios que valoraba en un total de 1.960.865 euros.

Iniciaba la demandante el relato de los hechos explicando que su nacimiento era el típico de las sociedades de cartera constituidas en un despacho de abogados para estar a disposición de posibles clientes que precisaran de la forma societaria a fin de realizar una operación y que por razones de urgencia no dispusieran de tiempo para seguir los trámites habituales, añadiendo que había sido adquirida por el grupo venezolano Pandahouse Holdings, y que en 1990 vendió unos inmuebles a un grupo inversor sueco que iban a ser pagados mediante transferencia a través del Citibank, siendo esta la razón por la que el administrador de la ahora demandante Sr. Millán , procediera a abrir una cuenta en la agencia número 7 sita en la Plaza Francesc Macià número 3 de esta ciudad de Barcelona.

Según la demandante, el Director de la referida oficina, Sr. Simón , les propuso la posibilidad de contratar Imposiciones a Plazo Fijo, con buena rentabilidad, y en concreto, a finales del año 1990, siguiendo indicaciones de sus clientes venezolanos, el Sr. Millán , contrató una imposición a plazo fijo por valor de 200 millones de pesetas , para la cual había entregado Don. Simón , las dos órdenes de transferencia que aportaba como documentos 4 y 5 de la demanda, si bien por error, se suscribió una transferencia correcta por 200 millones y otra errónea por un total de 214.572.079 pesetas, que fue inicialmente cargada en cuenta pero luego rectificada reintegrándose la suma de 14.572.079 pesetas.

Siguiendo con el relato de la demandante, en diciembre de 1991, se dirigió al Director de la sucursal a fin de que le emitiera certificación de los intereses devengados por la operación, para poder contabilizarlos en sus libros oficiales, y que le fue entregado el documento que se aporta como número 8 (f. 133, del que resulta un saldo final a fecha 27 de diciembre de 1991, de 228.613.015 pesetas.

Afirma asimismo la indicada parte que ordenó una renovación del depósito por un periodo de tres meses pero sólo por la cantidad de 150.000.0000 pesetas, solicitando que el resto (78.613.014 pesetas), le fuera ingresado en cuenta, y que tres días después, en la creencia de disponer del referido ingreso, emitió un cheque por importe de 75 millones que no fue inicialmente pagado por falta de fondos, si bien posteriormente y puestos en contacto con el Director de la sucursal Don. Simón , se manifestó que se trataba de un error e indicó que volvieran a presentar el cheque que fue abonado sin problema.

En el mes de febrero del año 1992, la actora manifiesta que tuvo la desagradable sorpresa de que podía haber sido víctima de una estafa, ya que pudo comprobar que el motivo de que el cheque indicado fuera finalmente atendido no debía atribuirse a que se hubiera ingresado en la cuenta la cantidad de 78.613.014 pesetas antes indicada, sino "una de las múltiples irregularidades bancarias que el Director de la oficina Don. Simón , venía efectuando por medio de una llamada banca paralela", ya que el referido ingreso fue posteriormente anulado quedando la cuenta en descubierto.

Ante ello, el 20 de enero de 1993 remitió requerimiento notarial a la entidad bancaria (doc., 11) solicitando explicación de lo ocurrido, y recibió respuesta indicando que la cifra de 214.572.079 pesetas había sido transferida a Pieto SA en base a una orden firmada por la parte ahora actora.

La reclamación ejercitada en la demanda se fundamenta, por tanto, en el incumplimiento del contrato de depósito y en segundo lugar, en la responsabilidad extracontractual del banco por la incorrecta actuación de sus empleados, con reseña de la causa penal seguida contra ellos, y de la que debía establecerse la responsabilidad civil de la demandada por culpa in eligendo o in vigilando.

La demandada se opuso a la pretensión expuesta con los argumentos que en forma resumida indicamos:

a)Negó que la intención de la actora al abrir una cuenta en la agencia 7 del Citibank fuera el expresado en la demanda, y sostuvo que la finalidad era integrarse en el sistema de "banca paralela" que se había montado en la referida agencia, fundando la referida afirmación en que de los cinco primeros abonos efectuados en la cuenta de la actora, denominada citicuenta número 10403032-5, el primero correspondía a un aumento de capital de la sociedad, y los otros cuatro (todos del día 27 de marzo de 1990), al ingreso de sendos cheques del Banco Bilbao Vizcaya de Marbella por las cantidades de 393.516.000 pesetas y 2.732.750.000 pesetas (f.278), sin que se observara la existencia de la transferencia aludida en la demanda.

b)Destacó la vinculación de la actora con la sociedad Construcciones José Castro SA a la vista de los numerosos y cuantiosos pagos que se hicieron a la referida sociedad, como así resulta de los cheques (f.279, 281 y 284).

La "banca paralela" que efectivamente se había organizado por empleados de esta entidad en la agencia 7, determinó que la entidad financiera interpusiera querrela contra el Director de la sucursal Don. Simón y contra Doroteo, admitida a trámite el 6 de febrero de 1992 (f.290, doc. 6), y que dio lugar a la práctica de una entrada y registro el día 10 de febrero siguiente (doc. 8, f. 293), resultando de las actuaciones que en el referido entramado estaban involucradas personas ajenas a la entidad (Doroteo, Ezequias, Teofilo), y que se ocasionaron importantes perjuicios al Banco que se había visto obligado a indemnizar a terceros desconocedores de la situación y que se vieron privados de sus fondos.

d)Negó que la transferencia ordenada se hubiera destinado a constituir una imposición a plazo fijo (IPF), fundándose para tal afirmación en los siguientes extremos: 1) falta de la documentación acreditativa y habitual que la actora conocía puesto que había suscrito IPF con anterioridad (doc. 11, 12, 13 y 14), y en las que se efectuaron las correspondientes traspasos (no transferencias) desde la citicuenta 10403032-5 a la cuenta de inversión a plazo, constando reseñado en el extracto las operaciones con la clave 57, cuyos intereses se abonaban bajo la clave 34 (doc. 7.2 y 7.2 de la demanda, f. 124 y 125), y en las que el importe de la IPF era abonado automáticamente a su vencimiento con la clave 81 (ver doc. 16, f. 327 y doc. 7.2 y 7.3), 2) el cargo de 214.572.079 pesetas practicado en la citicuenta bajo la clave 32 obedece a una transferencia ordenada por la actora a favor de Pieta SA, doc. 22, f. 349), 3) la orden de transferencia de 214.349.865 pesetas no era un error sino que era necesaria para hacer una operación a favor de Pieta (doc. 28, f. 423).

e)La demandada destacó la coincidencia de sus manifestaciones con el informe emitido por la brigada de policía judicial (doc. 23, f. 351y sigs.), el informe del perito contable Sr. Justo (doc. 25, f. 404 y sigs.), la auditoría externa (doc. 27, f.415 y sigs.), y el certificado emitido por Citibank (doc. 28, f. 421).

f)Negó que el documento número 8 aportado con la demanda fuera una liquidación de intereses devengados por una IPF, ya que si se hubieran seguido los pasos establecidos los intereses se habrían abonado periódicamente en la citicuenta asociada (clave 34), afirmando que la razón de ser del expresado documento era tan sólo ¿salvar los muebles¿ y que el Sr. Millán aceptó este certificado porque sabía que provenía de fondos fiscalmente opacos invertidos en la banca paralela, destacando el hecho de que la actora estaba en el punto de mira de la inspección tributaria (doc. 29, f. 425).

g)Rechazó que se hubiera dado orden de renovar la imposición por 150 millones de pesetas al no existir documentación alguna que lo acreditara y que no se abonó el cheque de 78.613.014 pesetas porque los fondos se habían traspasado a Pieta SA, si bien luego el director Don. Simón procedió a efectuar un ingreso que posteriormente anuló utilizando fondos de la banca paralela, por lo que el banco resultaba acreedor de la cantidad de 66.842.368 pesetas.

La sentencia dictada en la instancia desestimó la demanda al considerar no acreditada la imposición a plazo fijo en que se sustentaba la demanda.

SEGUNDO.- Contra la indicada resolución ha planteado recurso la representación de la parte actora con los argumentos que en síntesis indicamos:

a)Se ha acreditado que esta parte vendió un solar a Twin Buildings que se pagaron con cheques de la oficina del BBV de Marbella y con la que fue aperturada la citicuenta, justificándose también los pagos posteriores a Construcciones Castro (doc. 1 de la audiencia previa).

b)Está probado el cargo efectuado el día 5 de diciembre de 1990 de la cantidad de 214.572.079 pesetas con destino ¿ Fondos Deptos. a plazo¿, y un abono el 14 de diciembre de 14.572.079 pesetas, quedando una imposición de 200 millones de pesetas.

c) No es admisible la tesis del demandado de que se efectuara un abono a Pieta porque esta entidad no tenía cuenta en el banco y la suma pasó a un depósito interno, afirmando que se trata de un documento falseado.

d)La explicación del Citibank para justificar la devolución de 14.572.079 pesetas ha quedado desvirtuada por el testigo de la demanda Sr. Cristobal quien afirma que las operaciones que se atribuían al Sr. Gustavo no existieron.

e)El Citibank emitió una certificación de intereses a fecha 27 de diciembre de 1991 con un saldo final de 228.613.015 pesetas, con notas manuscritas por el empleado Sr. Ramón, y no aparece ninguna firma de Hapestel en torno a los extraños movimientos relativos al impago del cheque de 75.000.000 pesetas.

f) Los argumentos de la sentencia de instancia han quedado desvirtuados por esta parte, toda vez que: 1) los informes policiales y periciales se emitieron en el procedimiento penal y carecen de eficacia probatoria pericial en esta causa, además de que Don. Justo reconoció que no fue objeto de su pericia el estudio de los negocios jurídicos subyacentes a las operaciones, 2) la documentación idónea para contratar una IPF no la decide el cliente sino el banco, 3) es falso que esta parte haya intervenido en las operaciones de banca

ralela pues hemos justificado las operaciones a que aludía el banco en su contestación (pagos a Castellví y a Montigalà), 4) las claves de las operaciones es una cuestión ajena al cliente y además hay que tener en cuenta el documento 9 aportado en la audiencia previa.

g) La prueba que se exige a esta parte es diabólica.

h) No hay prejudicialidad ni cosa juzgada penal puesto no persiste ninguna acusación por los hechos discutidos en este litigio.

TERCERO.- Incidencia en la presente causa del proceso penal previo que ha finalizado por sentencias de 2 de junio de 2006 y 12 de febrero de 2009.

Pese a que por la referida parte se presentó querrela en fecha 26 de marzo de 1993 (f. 200, doc. 18), contra el director de la entidad Don. Simón , posteriormente ampliada contra Don. Ramón , por los presuntos delitos de apropiación indebida y falsedad en documento mercantil (doc. 6.2, f. 103), en relación a la imposición de los 200 millones que ahora son objeto de reclamación en este litigio, el Ministerio Fiscal no presentó acusación acerca de este concreto extremo y la parte ahora demandante decidió no continuar la vía penal, por lo que ni la sentencia de 2 de junio de 2006 (f. doc. 10, f. 298) ni la posterior de 12 de febrero de 2009, dictadas por la sección segunda de esta Audiencia Provincial, contienen condena por los hechos que habían sido denunciados por Hespel.

De esta situación deben extraerse dos conclusiones: 1) que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116-2 de la LECrim , es admisible la acción de responsabilidad civil ejercitada y que no hay prejudicialidad penal ni cosa juzgada entre la presente causa y el proceso penal indicado ( art. 40 LEC ), y 2) que están fuera de lugar las manifestaciones de la parte apelante acerca de la supuesta falsedad de determinados documentos porque no sólo no mantuvo su inicial acusación por el supuesto delito de falsedad en documento mercantil sino que en la presente causa tampoco se ha practicado prueba alguna encaminada a verificar la referida falsedad, que se lanza al aire sin base probatoria alguna y que debe ser por ello ignorada y rechazada ya desde este momento.

En relación a la eficacia probatoria en la presente litis de las actuaciones seguidas en la jurisdicción penal, discrepamos de la recurrente que pretende privarles de fuerza probatoria, y ello en la medida en que consideramos que deberán ser valoradas con arreglo a las normas generales acerca de la prueba documental establecidas en la ley procesal civil, sin que se precisen más exigencias que su mera constancia en autos.

CUARTO.- Naturaleza jurídica de la relación entre la demandante Hespel y la entidad financiera demandada.

La documentación aportada a los autos pone de manifiesto que se concertó un contrato de cuenta corriente, denominado citicuenta y con el número NUM000 , cuya primera operación tuvo lugar el día 19 de marzo de 1990 (doc. 7.1 de la demanda, f. 123, y doc. 15 de la contestación, f. 326), del que han de resultar los derechos y obligaciones propios de los contratos de esta naturaleza, definido por la doctrina como un contrato atípico y mixto por cuanto reúne elementos propios del mandato, por el que el Banco se obliga a realizar cobros y pagos por cuenta del cliente así como ingresos en la cuenta, y elementos que son definidores de la cuenta corriente mercantil, como son el derecho del Banco al reembolso de gastos, la obligación de remitir extractos, etc.

Sin embargo, la cuestión que enfrenta a las partes es si la entidad financiera demandada recibió de la actora la orden de constituir una imposición a plazo fijo (IPF), y derivado de ello, si la orden fue o no cumplida en los términos en que se recibió, es decir, si además del contrato de cuenta corriente expresado, se concertó entre las partes un contrato de depósito en la forma indicada de imposición a plazo fijo, cuya existencia generaría para la entidad financiera la obligación de devolver la cantidad depositada junto con los intereses pactados ( art. 1758 y sigs. Cc .).

A tal efecto, y para acreditar que medió la expresada orden se aportaron por la parte actora un conjunto de elementos probatorios que debemos analizar con detalle.

-Los documentos 4 y 5 de la demanda son dos transferencias de 214.349.865 pesetas y 200.000.000 pesetas, sin más datos que el nombre del ordenante, la entidad Hespel, y la firma de su administrador Sr. Millán , estando acreditado que tanto las cantidades como el nombre de la ordenante, se escribieron por el empleado del banco Don. Ramón antes de su firma.

-El extracto de la citicuenta (f. 111) reseña un cargo de 214.572.079 pesetas en fecha 5 de diciembre de 1990 y con la clave 32, así como un abono de 14.572.079 pesetas del día 14 de diciembre de 1990 (clave 79), que se refleja también en el Apunte en cuenta del Citibank (f. 112) por el concepto "Fondos Plazo", movimientos que asimismo constan reflejados en el Extracto Integrado con la denominación "Fondos Deptos. a plazo", (doc. 7.10, f. 132).

documento número 8 de la demanda (f. 133) que no reseña fecha de emisión, refiere ser una "relación de movimientos de intereses de la partida de tesorería por importe de 200.000.000 pesetas", con un saldo final a 27 de diciembre de 1991 de 228.613.015 pesetas, y que según la demandante contiene la liquidación de intereses del depósito de 2000 millones de pesetas y que le fue emitido por el Director de la sucursal a instancia del administrador de la actora Sr. Millán .

-El extracto de cuenta (f.115) refleja el cargo del cheque emitido por la actora (f. 116), en la confianza, según refiere esta parte, de que se le habían reintegrado a la cuenta la diferencia entre el saldo final del depósito y la renovación del mismo sólo por la cantidad de 150 millones.

Pues bien, el examen de la referida documentación nos merece las siguientes consideraciones:

1) Los documentos 4 y 5 acreditan la existencia de dos órdenes de transferencia, a no se sabe quien, por las cantidades expresadas de 214.572.079 pesetas y 200.000.000 pesetas respectivamente, pero no hay base documental inicial para considerar que estas transferencias tuvieran por destino la constitución de una IPF, puesto que si bien es cierto que como explica la parte apelante, es a cargo del Banco determinar la documentación que precisa para cada operación, y que la emisión de una orden de transferencia (en puridad de traspaso), podría considerarse el paso previo para que el banco pueda proceder a cargar en la cuenta del cliente la cantidad que se desee invertir, tal orden debe ser completada con un contrato que fije las condiciones de la imposición a plazo fijo a efectuar, cuestión que no podía desconocer el administrador de la actora Sr. Millán , no sólo porque es un hecho de general conocimiento, sino porque ya había constituido otras IPF con anterioridad a la ahora discutida, como evidencian los documentos (f. 322, 323, 324 y 325), y porque en cualquier caso, aún admitiendo que por razones de confianza y urgencia, se ordenara la transferencia y no se formalizara el contrato, el mismo debía serlo en fechas posteriores, sobre todo si se tiene en cuenta que el Sr. Millán no gestionaba intereses propios y debía por esta razón asegurarse de la correcta ejecución por el banco de la orden de inversión que supuestamente había transmitido.

2) El extracto de la citicuenta (f.111 ) sirve únicamente para acreditar que en fecha 5 de diciembre de 1990 se cargó a la cuenta de la actora la expresada cantidad de 214.572.079 pesetas pero no que lo fuera para constituir una IPF porque la clave con la que se reseña (32) es la utilizada por el Banco para reseñar una transferencia (vid nota a pie del extracto f. 326), pero no para constituir una IPF, que como así resulta de cotejar el expresado cargo con los efectuados para las anteriores IPF efectivamente constituidas por la actora, se reseñan con la clave 57 (traspaso), como resulta de los folios 326 y 327 (IPF de 900, 250 , 130 y 130 millones de pesetas), que coinciden con los contratos de constitución a que antes nos hemos referido (f. 322- 325). La referida consideración no queda desvirtuada por el documento número 9 aportado por la actora en la audiencia previa y referido a la constitución de una IPF, puesto que si bien es cierto que en el apartado ¿Concepto¿ se reseña la clave 32 que está preimpresa, tal mención queda anulada por la referencia que resulta de la impresión de la propia operación y en la que se señala la misma con la clave 57 (f.513).

3) La supuesta certificación de los intereses (doc. 8, f. 133) emitida por el director de la agencia 7 Don. Simón a petición del Sr. Millán , cuando ya había transcurrido casi un año de la supuesta imposición, no puede considerarse prueba de su existencia ni pudo crear en el Sr. Millán la confianza de que así era, no sólo por lo burdo de su confección, con anotaciones manuscritas, sin referencia concreta a la operación de que derivaba, sin fecha de emisión, etc, sino porque contradice la operativa habitual y conocida por el Sr. Millán sobre el devengo periódico de los intereses del depósito que se efectuaban directamente a la cuenta conectada, como así resulta del examen de la documentación a que nos hemos referido (doc. 7.1, 7.27.3 de la demanda, y doc. 15 y 16 de la contestación, f.326 y 327 que son extractos de la cuenta en el que figura reseñado con la clave 34 el abono de los intereses de IPF). Consta además la declaración testifical de los empleados del banco Don. Simón y Ramón en el sentido de que este no era el modo normal de informar sobre la liquidación de intereses, indicando el referido Don. Simón que los intereses de una IPF se abonaban en cuenta periódicamente.

4) La entidad actora atribuye especial eficacia probatoria a la mención en el Extracto Integrado emitido por Citibank de que el cargo de 214.572.079 pesetas y el abono de 14.572.079 pesetas lo eran por el concepto de ¿Fondos Depósitos a Plazo¿, denominación que por su sentido literal podría hacer pensar en la constitución de la IPF cuya existencia defiende la parte actora ahora apelante. Ahora bien, lo cierto es que si se compara la mención con que en el mismo extracto se reseñan las IPF indubitadas, se observa que en todas ellas se indica ¿traspaso¿, en tanto que la utilizada en el caso de autos, tan sólo tiene su equivalente en una operación efectuada en fecha 30 de marzo de 1990, por la cantidad de 116.818.240 pesetas, y sobre cuya naturaleza se ha suscitado una viva polémica entre las partes. Además de este estudio comparativo, se han practicado otras pruebas que demuestran que la reseña mencionada no equivale a la IPF que se pretende. En este sentido, el propio Director de la sucursal Don. Simón manifestó en declaración testifical que ¿la cuenta de fondos de depósitos a plazo era una cuenta contable del Banco y no tiene nada que ver con una imposición a plazo fijo, contablemente no tiene nada que ver¿. Y por su parte, el empleado del Banco y testigo en esta causa D.

Dono , al ser interrogado acerca de la diferencia entre una Imposición a Plazo Fijo y la Cuenta de Fondo Depósitos Plazo, contestó que ¿una IPF es un depósito en el que se establece un plazo y un tipo de interés y que tiene que estar firmada en un contrato por las dos partes. La Cuenta de Fondo Depósitos Plazo en realidad no es nada, es una cuenta contable interna, una cuenta de acreedores que no tiene titularidad. Se podría decir que es una cuenta transitoria de paso, del dinero que entregan los clientes hasta que se retira. Nunca es un depósito, nada, es una base¿.

5)La mención al hecho de que por el banco se procediera a abonar el cheque emitido por la cantidad de 75 millones de pesetas, no puede considerarse una prueba de cargo frente a la entidad bancaria, acreditativa o al menos indiciaria, de la devolución en parte de la supuesta imposición de 200 millones de constante referencia, pues tal abono fue anulado, y el Director de la sucursal que lo llevó a cabo Don. Simón , refiere no poder recordar la operación, sin que por lo demás, pueda ignorarse que la gestión de la oficina efectuada por el referido director ha determinado la incoación de un procedimiento penal por los delitos de apropiación indebida, estafa y falsedad en documento mercantil de los que el Ministerio Fiscal acusó al indicado Don. Simón , junto con otros empleados del banco y a personas externas al mismo.

6)La manifestación de la actora de que comunicó Don. Simón su voluntad de renovar la imposición pero sólo por la cantidad de 150 millones de pesetas está totalmente carente de prueba, sin que sirva a tal efecto, el ingreso (luego anulado) de la cantidad de 75 millones a que nos hemos referido en el apartado anterior al que nos remitimos.

QUINTO.- Consecuencias del efectivo cargo en la cuenta de la actora de la cantidad de 214.572.079 pesetas.

De lo hasta aquí expuesto resulta que la entidad actora ha acreditado la certeza de un cargo en su cuenta corriente por la suma de 214.572.079 pesetas realizado el día 5 de diciembre de 1992, así como de un reintegro de 14.572.079 pesetas del día 14 del mismo mes y año, por lo que ha probado que la entidad bancaria le cargó en definitiva un total de 200 millones de pesetas (214.572.079 - 14.572.079), y sin bien es cierto que los documentos más arriba examinados no acreditan que a través de este cargo se hubiera concertado una IPF, sí consta la efectiva realización del mencionado adeudo en la cuenta de la actora, por lo que la parte demandada deberá demostrar la razón del mismo, que no puede extraerse de la orden de transferencia porque no menciona destinatario, y que habrá que buscar en la documentación contable de la propia entidad bancaria ( art. 217 LEC ).

A tal efecto, Citibank ha venido manteniendo desde que fue requerido notarialmente por la entidad Hepestel en fecha 20 de enero de 1993, que la cantidad de 214.572.079 pesetas fue transferida a Pieto SA por orden de la actora (doc. 52, f. 142-145), manifestación que reiteró ante el juzgado de instrucción (doc. 13, f. 147).

Pues bien, en la presente causa se ha aportado por la demandada certificación (doc. 22) que incluye la orden de transferencia debidamente firmada por el Sr. Millán , en nombre de la actora, y a favor de la entidad Pieto SA (f. 349), a ingresar en la cuenta número 45.05.03.02 que es la denominada de "Fondos Depósitos Plazo" y que como se ha explicado más arriba es una cuenta del propio banco, una cuenta de acreedores, porque Pieto SA no disponía de cuenta abierta en la entidad financiera. La cantidad transferida a Pieto (214.572.079 pesetas) coincide por tanto con el cargo de la misma fecha (5/12/1990), efectuado en la cuenta de Hepestel (f. 349 y 132), aunque no con la cantidad ordenada en la transferencia que era la de 214.349.865 pesetas.

La autenticidad de la transferencia a favor de Pieto SA resulta del documento firmado por el Sr. Millán en que así se acuerda (f.349) y que si bien fue tachado de falso por la defensa de la parte actora en su informe de conclusiones ante el juzgado de instancia, ya hemos visto que ni mantuvo su acusación ante la jurisdicción penal ni en la presente causa ha efectuado prueba encaminada a acreditar la referida falsedad, manifestación que por lo demás, no alude a que el documento hubiera sido manipulado sino a un supuesto abuso de firma en blanco, "valiéndose de lo que el Sr. Millán con toda la tranquilidad del mundo les firmaba con ocasión de hacer cada operación, con sus copias, sus resguardos", según los términos empleados por la defensa en el mencionado informe oral.

La argumentación de la indicada parte es a todas luces inadmisibles porque no es verosímil que quien administra bienes ajenos, como ocurre en el caso presente con el Sr. Millán en relación a los bienes de la actora, suscribiera documentación bancaria en blanco "con toda la tranquilidad del mundo", por lo que la transferencia ha de considerarse efectuada por orden de Hepestel.

Podría alegarse que ahí no acaba el itinerario de la cantidad referenciada, toda vez que la cuenta en la que se hizo el ingreso es una cuenta propia del Banco, ya que Pieto SA carecía de cuenta propia en la entidad bancaria.

Pues bien, el examen de la documentación intervenida en el Banco durante la entrada y registro efectuada por orden judicial, llevó a la brigada de la policía judicial (área de delincuencia económica y financiera) a proseguir con el rastreo de la misma y consideró que el cargo en cuestión se había utilizado para cancelar

anticipadamente un pagaré de Inmobiliaria Perú SA, según el apunte que obra en los autos (f. 423), procedente de la cuenta "acreedores" que es, como ya hemos visto, la cuenta a la que se transfirió inicialmente el dinero por orden de Hapestel y a favor de Pieto.

Asimismo, el perito Don. Justo que lo fue en las diligencias penales, estudió la cuestión del depósito reclamado por Hapestel y tras destacar la ausencia de documentación que lo amparara, concluyó que la orden de transferencia a favor de Pieto SA estaba firmada por el administrador de Hapestel Sr. Millán, añadiendo que "estos fondos, tras su traspaso a Pieto SA, y posteriormente a Pilar, junto con otros ingresados a nombre de Pilar, fueron utilizados por Orusvelt SA, Domingo y Humberto para la compra al Banco Arabe Español del crédito hipotecario contra Metales y Platería Ribera SA".

La prueba reseñada permite por tanto concluir que el Citibank ha demostrado que el dinero cargado en la cuenta de la actora (214.572.079 pesetas) fue transferido por orden de la actora a la entidad Pieto SA, con ingreso en la cuenta de acreedores del propio Banco (f.349), y de ahí sirvió para cancelar anticipadamente, en fecha 17 de diciembre de 1990) el pagaré con vencimiento el día 4 de junio de 1990 de Inmobiliaria Perú (f. 423), por lo que la entidad bancaria no viene obligada, con base a la responsabilidad propia del contrato de cuenta corriente, al reintegro de la cantidad reclamada, pues le dio el destino que le fue ordenado.

La demandante refería un argumento que estimaba contundente para la defensa de su tesis y era el abono el día 14 de diciembre de 1990, de la cantidad de 14.572.079 pesetas, del que deducía que la referida devolución evidenciaba la voluntad de constituir un depósito por 200.000.000 pesetas.

La referida argumentación no puede ser compartida, y no puede serlo, en primer lugar, porque con independencia del origen y la finalidad del referido abono, la cuestión objeto de la presente litis, cual es la acreditación del depósito, resta igualmente sin prueba, por las razones ya explicadas. Pero es que además, y en segundo lugar, tanto el informe de la policía judicial como el del perito que informó en la causa penal, y la auditoría externa (f. 419), coinciden en afirmar que el referido abono es la diferencia entre un ingreso en efectivo de 20.900.000 pesetas en fecha 13 de diciembre de 1990 (f. 368), del que se habrían transferido a la cuenta de Hapestel los 14.572.079 pesetas referidos, retirándose posteriormente la diferencia de 6.327.921 pesetas el día 20 de diciembre, si bien no por la persona Don. Gustavo como ha quedado acreditado en autos y que concuerda con lo anormal de la operación que bien puede considerarse propia de la denominada "banca paralela" de la que la entidad Hapestel no era considerarse ajena, a la vista de los elementos de prueba que resultan en tal sentido de la causa penal.

SEXTO.- Responsabilidad extracontractual de Citibank España.

La responsabilidad extracontractual que la actora atribuye a la entidad financiera demandada se fundamenta en una supuesta culpa in eligendo o in vigilando, al amparo del artículo 1903 del Cc., por las actuaciones irregulares, y en algunos casos delictivas, que se llevaron a cabo en la agencia número 7 de la referida entidad, por parte de empleados de la misma, de común acuerdo con personas ajenas a la propia entidad bancaria.

A tal efecto, y para dejar debida constancia de los indicados hechos, estimamos de interés transcribir un extracto de los Hechos Probados de la sentencia de 2 de junio de 2006 de la sección segunda de esta Audiencia Provincial, que es del siguiente tenor:

"En parte como consecuencia de las exigencias de los clientes ya existentes que, como se ha dicho, deseaban un elevado rendimiento para sus fondos y a la vez no tenían en muchos casos la menor intención de contribuir por ello al sostenimiento de la Hacienda Pública, y en parte como forma de atraer nuevos clientes de relevante perfil patrimonial, Simón, auxiliado en muchas ocasiones por el interventor, el también acusado Estalella, y el apoderado, el igualmente acusado Ramón, diseñó o perfeccionó un complejo mecanismo de "banca paralela" que iba a funcionar fuera de los cauces crediticios ordinarios del banco en la sucursal por él dirigida. Dicho mecanismo iba a permitir la satisfacción de las exigencias de aquellos importantes clientes ávidos de rentabilidad y faltos en muchas ocasiones de voluntad tributaria, así como a captar nuevos y patrimonialmente destacados depositantes".

Y más adelante:

"En síntesis, lo que Simón hizo, con la ayuda puntual de sus colaboradores, fue perfeccionar un circuito extrabancario de financiación, cuyos orígenes probables pudieran ser no obstante anteriores a su nombramiento como Director de la sucursal. Dicho circuito permitía, por un lado, que personas físicas o jurídicas que tenían serias dificultades para obtener crédito por cauces bancarios normales, pudieran obtener financiación; y por otro lado permitía ofrecer inversiones de alta rentabilidad y casi total opacidad fiscal a clientes especiales".

Conocida por tanto, la situación creada en la agencia número 7 de la entidad demandada, la parte actora debía acreditar que en la gestión de los fondos expresados, en la cantidad de 200 millones de pesetas, los empleados del Banco incurrieron en algún tipo de actuación fraudulenta, se apropiaron de los fondos, falsearon documentación, confirieron a los fondos un destino distinto del ordenado, o llevaron a cabo cualquier otra actuación perjudicial para la actora e infractora de la orden de constitución de una IPF que es, según refiere la actora, la voluntad manifestada por la misma y a la que debían destinarse los tantas veces mencionados 200 millones de pesetas.

Pues bien, el incumplimiento por parte de los empleados del Banco de la supuesta orden de constituir una IPF no puede considerarse en absoluto producida, toda vez que ya hemos explicado más arriba, la falta total de prueba que evidencie esta voluntad, sin que sean admisibles los argumentos de la recurrente sobre la supuesta ignorancia del cliente acerca de la documentación bancaria empleada para ello porque esto no era así, remitiéndonos por tanto a lo ya explicado.

Pero excepción hecha del incumplimiento de la orden de constitución de la IPF, o más en concreto, de la obligación de reintegrarla, la demandante no atribuye a los empleados del Banco una actuación concreta distinta de la ya indicada, limitándose a la reseña de los preceptos que regulan la responsabilidad extracontractual y la jurisprudencia que los aplica, sin mencionar siquiera en qué hubieran podido consistir las actuaciones improcedentes por las que la entidad empleadora debiera responder con arreglo a los preceptos que acertadamente se citan.

Por consiguiente, visto que ni tan siquiera se formula una acusación específica respecto a una supuesta mala praxis de los empleados del Banco en la gestión de los fondos que se reclaman, difícilmente serán de aplicación los preceptos que se citan que como es lógico, precisan de un supuesto fáctico sobre el que asentarse.

En este orden de cosas, y de acuerdo con lo que hemos explicado, procede la desestimación del recurso y la íntegra confirmación de la resolución recurrida.

SÉPTIMO.- Las costas de esta alzada han de ser a cargo de la parte apelante ( art. 398 LEC ).

## FALLO

El Tribunal acuerda: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Hpestel SA contra la sentencia de 16 de diciembre de 2008 dictada por el Sr. Juez del Juzgado de primera instancia número 55 de esta ciudad que confirmamos íntegramente siendo de cargo de la parte apelante el pago de las costas de esta alzada.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales ( art. 469 - 477 - disposición final 16 LEC ), que se preparara ante este Tribunal en un plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.