

Id Cendoj: 28079110012009100245
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 962/2004
 Nº de Resolución: 236/2009
 Procedimiento: Casación
 Ponente: JESUS CORBAL FERNANDEZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA x
- x CONTRATOS BANCARIOS x
- x GERENTE x
- x INADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO x
- x CUANTÍA LITIGIOSA x
- x INTERESES x
- x INTERESES MORATORIOS x
- x SUPUESTO DE LA CUESTIÓN (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x

Resumen:

Demanda de reclamación de cantidad de los titulares de una cuenta corriente de un Banco contra este por las detracciones de dinero y cargo de gastos efectuadas en aquella por un tercero con el consentimiento de los empleados del Banco y sin el conocimiento ni anuencia de sus titulares. El tercero era apoderado de una empresa de los titulares, pero no tenía poder de disposición sobre la cuenta personal de estos. Se estimó la demanda en primera instancia y se estimó parcialmente el recurso de apelación del Banco, minorando la cantidad a pagar a los actores. Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal de los actores y se condena a la cantidad decidida en primera instancia porque la elección del procedimiento como de menor cuantía no implica una voluntad de reducir la reclamación a los límites cuantitativos del mismo, sino que se escogió por ser de cuantía indeterminada. Ha quedado probado el perjuicio en una cantidad muy superior a la de los límites del menor cuantía. Se estima parcialmente el recurso de casación del Banco para determinar que el dies a quo del cómputo de intereses es el de presentación de la demanda. Supuesto de la cuestión: la parte olvida cuáles son los hechos probados de la sentencia. No puede considerarse que el apoderado de la empresa fuese un "factor notorio", pues no disponía fondos de aquella, sino de los particulares de los actores.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Abril de dos mil nueve

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación interpuestos respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Tercera, como consecuencia de autos de Juicio Ordinario de Menor Cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Durango; cuyos recursos fueron interpuestos por D. Juan y D^a. Enma , representados por el Procurador D^a. Elena Muñoz González; y la entidad BANCO VASCONIA, S.A., representada por el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Javier Sanz Velasco, en nombre y representación de D. Juan y D^a. Enma , interpuso demanda de Juicio Ordinario de Menor Cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Durango, siendo parte demandada el Banco de Vasconia, S.A., alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que: 1.- Se condene al Banco de Vasconia S.A a rendir cuentas detalladas y

documentadas de todos los asientos punteados como desconocidos por los actores respecto de su cuenta corriente nº NUM000 , abierta en la sucursal de Durango y que constan en el documento nº 11 de esta demanda. 2. Se condene al Banco demandado a pagar a los actores el saldo del que resulten acreedores en dicha cuenta NUM000 y que se fijará en ejecución de Sentencia sobre las bases que en tal sentencia se establecerán, si acaso dentro del pleito no se hubiese concretado, y ello con el correspondiente devengo de intereses legales desde el requerimiento de 28 de mayo de 1.990 que hizo incurrir en mora al deudor y expresa imposición de costas."

2.- La Procurador D^a. Esther Asategui Bizkarra, en nombre y representación de la entidad Banco de Vasconia. S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que estimando la excepción planteada, o alternativamente entrando al fondo del asunto se absuelva a mi representada de las pretensiones contenidas en la demanda promovida en su contra por D. Juan , D^{ña}. Enma , todo ello con imposición de las costas al demandante."

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Uno de Durango, dictó Sentencia con fecha 19 de abril de 2.002 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por el Procurador Javier Sanz Velasco, en nombre y representación de DON Juan Y DO^{ña} Enma , frente al BANCO DE VASCONIA, S.A. debo condenar y condeno a la demandada a que rindan cuentas detalladas y documentadas de todos los asientos no punteados como desconocidos por los actores respecto de su cuenta corriente número NUM000 , abierta en la sucursal de Durango, de conformidad con el Informe Pericial de los tres Peritos Censores de Cuentas y que abonen a los actores el saldo del que resulten acreedores en dicha cuenta y que asciende a 5.299.764,35 euros (881.806.592 pesetas), más los intereses legales y los moratorios. Todo ello, con expresa imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación del Banco de Vasconia, S.A., la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Tercera, dictó Sentencia con fecha 4 de febrero de 2.004 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la representación procesal de BANCO DE VASCONIA y contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instancia nº 1 de los de Durango en autos de Procedimiento de Menor Cuantía nº 17/97 de fecha 19 de abril de 2.002, y de que este rollo dimana y REVOCANDO PARCIALMENTE dicha resolución condenamos al citado Banco Vasconia a reintegrar la cantidad de 160.000.000 ptas., y ello conforme a los explicitado, así como a los intereses legales, y costas en los términos establecidos en el fundamento séptimo de la presente resolución."

Instada la aclaración de la anterior resolución, se dictó Auto con fecha 18 de febrero de 2.004 , en el que no se dió lugar a la aclaración solicitada.

TERCERO.- El Procurador D^a. Iratxe Pérez Sarachaga, en nombre y representación de la entidad Banco de Vasconia, S.A., interpuso recurso de casación respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao de fecha 4 de febrero de 2.004 , con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO:** **PRIMERO.-** Se alega infracción de los arts. 359 de la LEC y 218.1 del mismo Texto Legal, con vulneración del art. 24.1 de la Constitución Española. **SEGUNDO .-** Se alega infracción de los arts. 632 y 348 de la LEC. **TERCERO .-** Se alega infracción por no aplicación del art. 7.1 y 2 del Código Civil , en relación con el art. 6 del Código Civil y art. 218.1 de la LEC. **CUARTO .-** Se alega infracción por aplicación indebida de los arts. 1.101 y 1.103 del Código Civil. **QUINTO .-** Se alega infracción de los arts. 1.100 y 1.108 del Código Civil. **SEXTO .-** Se alega infracción de los arts. 6.4 y 7.1 y 2 del Código Civil , en relación con el art. 286 del Código de Comercio . **SEPTIMO.-** Se alega infracción por inaplicación de los arts. 7 del Código Civil y art. 11.2 de la LOPJ .

CUARTO.- El Procurador D. Alfonso José Bartau Rojas, en nombre y representación de D. Juan y D^a. Enma , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao de fecha 4 de febrero de 2.004 , con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO:** **PRIMERO.-** Al amparo del ordinal 2º del art. 469 de la LEC se alega infracción del art. 218 de la Ley. **SEGUNDO .-** Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 218 de la Ley. **TERCERO .-** Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 216 de la Ley. **CUARTO.-** Al amparo del ordinal 3º del art. 469 de la LEC , se alega infracción de los arts. 484.3º y 489.8º de la LEC de 1.881. **QUINTO.-** Al amparo del nº 4 del art. 469 de la LEC se alega vulneración de derechos contenidos en el art. 24 de la CE .

QUINTO.- Con fecha 21 de abril de 2.004, se dictó Auto por la Audiencia Provincial de Bilbao por el

que se tiene por interpuestos los recursos de casación referenciados y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen, como parte recurrente, D. Juan y D^a. Enma , representados por el Procurador D^a. Elena Muñoz González; y la entidad Banco Vasconia, S.A., representada por el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo.

SEPTIMO.- Con fecha 6 de noviembre de 2.007, se dictó Auto por esta Sala, cuya parte dispositiva es como sigue: "1º.- NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "BANCO DE VASCONIA, S.A." contra la Sentencia de fecha 4 de febrero de 2004, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 658/2002, dimanante de los autos de juicio de menor cuantía nº 17/1997 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Durango, en cuanto a los MOTIVOS PRIMERO Y SEGUNDO del escrito de interposición. 2º.- ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "BANCO DE VASCONIA, S.A." contra la Sentencia mencionada, respecto de los MOTIVOS TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO Y SÉPTIMO del escrito de interposición. 3º.- ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de D. Juan y D^a. Enma , contra la Sentencia de fecha 4 de febrero de 2004, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 658/2002, dimanante de los autos de juicio de menor cuantía nº 17/1997 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Durango."

OCTAVO.- El Procurador D^a. Elena Muñoz González, en nombre y representación de D. Juan y D^a. Enma y el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre de la entidad Banco Vasconia, S.A., presentaron escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.

NOVENO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de marzo de 2.009, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El *objeto del proceso* versa sobre la distracción de fondos de una cuenta corriente en la que se hicieron cargos y extracciones de dinero no autorizadas y sin conocimiento de los titulares, lo que se llevó a cabo por empleados de la entidad y por una persona colaborador remunerado del Banco que era gerente de una empresa de los citados titulares pero no estaba autorizado para disponer en la cuenta corriente particular, y aprovechó la relación de confianza expresada para, mediante una información falsa, evitar que los cuentacorrentistas se enteraran del uso que se hacía de sus depósitos.

Por Don Juan y Doña Enma se dedujo *demand* de juicio ordinario de menor cuantía contra el Banco de Vasconia solicitando: 1. Se condene al Banco de Vasconia S.A. a rendir cuentas detalladas y documentadas de todos los asientos punteados como desconocidos por los actores respecto de su cuenta corriente núm. NUM000 , abierta en la sucursal de Durango y que consta en el núm. 11 de esta demanda; y, 2. Se condene al Banco demandado a pagar a los actores el saldo del que resulten acreedores en dicha cuenta NUM000 y que se fijará en ejecución de Sentencia sobre las bases que en tal Sentencia se establecerán, si acaso dentro del pleito no se hubiese concretado, y ello con el correspondiente devengo de intereses legales desde el requerimiento de 28 de mayo de 1990 que hizo incurrir en mora al deudor.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Durango el 19 de abril de 2002 , en los autos de juicio de menor cuantía núm. 17 de 1997, estima la demanda y condena a la demandada a que rinda cuentas detalladas y documentadas de todos los asientos no punteados como desconocidos por los actores respecto de su cuenta corriente número NUM000 , abierta en la sucursal de Durango, de conformidad con el Informe Pericial de los tres Peritos Censores de Cuentas y que abonen a los actores el saldo del que resultan acreedores en dicha cuenta y que asciende a 5.299.764,35 euros (881.806.592 pesetas), más los intereses legales y los moratorios.

La Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bilbao el 4 de febrero de 2004 , en el Rollo núm. 658 de 2002, estima parcialmente el recurso de apelación del Banco de Vasconia, y revocando en parte la resolución recurrida, condena a dicha entidad bancaria demandada a pagar la cantidad de ciento sesenta millones de pesetas -160.000.000 pts.-, así como a los intereses legales. En el Auto de Aclaración de fecha 18 de febrero de 2004 se concreta como "dies a quo" del devengo el mismo expresado en el fundamento Cuarto de la Sentencia del Juzgado, es decir, el 28 de mayo de 1.990 , en que se realizó el requerimiento notarial a la demandada para que procediera a realizar la rendición de cuentas.

Contra la Sentencia de la Audiencia se interpuso por los actores Don Juan y Doña Enma *recurso extraordinario por infracción procesal* articulado en cinco motivos, y por la entidad demandada se formuló *recurso de casación* compuesto de siete motivos. Esta Sala, por Auto de 6 de noviembre de 2007, admitió el recurso extraordinario por infracción procesal, y los motivos tercero a séptimo, inadmitiendo los motivos primero y segundo, del recurso de casación.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de los motivos procede resumir los antecedentes necesarios para facilitar la comprensión y decisión de las cuestiones planteadas según se deducen de la relación de hechos probados de la sentencia recurrida. Son los siguientes: 1. La cuenta debatida " NUM000 " figura a nombre (ficticio) de Don Luis Andrés, si bien la titularidad (propiedad) corresponde a Don Juan y Doña Enma, únicas personas autorizadas para hacer disposiciones a cargo de dicha cuenta, sin que hubiere ninguna otra persona autorizada; 2. Los asientos controvertidos fueron efectuados por orden de personas ajenas a dicho titulares, sin autorización de los mismos, realizando la mayor parte de las disposiciones Don Guillermo, colaborador remunerado del Banco y, por tanto, con vinculación con el mismo, y que si bien era apoderado de la empresa Aluminios F. M., perteneciente al Sr. Juan, carecía de poder para el manejo de fondos en relación con la cuenta NUM000, ya que el apoderamiento lo era sólo para operaciones propias de Aluminios F.M.; 3. Los empleados del Banco conocían plenamente la ausencia de apoderamiento y autorización para que el Sr. Guillermo hiciese cargos o extracciones de dinero de la cuenta NUM000; y, 4. Han existido personas presumiblemente vinculadas al Banco que tuvieron incidencia en la salida de fondos, en la medida que no se entiende de otro modo que se realizaran extracciones de la Cuenta " NUM000 " sin haberse conformado para la oportuna autorización.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL DE DON Juan Y DOÑA Enma .

TERCERO.- Los cinco motivos se examinan conjuntamente porque es posible unificar la respuesta casacional respecto del tema único sobre el que versan aunque los planteamientos efectuados respondan a distintas perspectivas. Se impugna por los actores la decisión de la sentencia recurrida de reducir la suma resarcitoria de 881.806.592 pesetas, que había fijado la sentencia de primera instancia y es conforme a la realidad del daño según dictamen pericial que es también aceptado por la resolución de apelación, a la de 160.000.000 pts.

Los argumentos de la sentencia impugnada para adoptar el criterio expuesto no se comparten por las razones siguientes:

En primer lugar, no hay ninguna base para sostener que en la demanda se ha limitado el "petitum" a la suma de 160.000.000 pts. Ni se dice en dicho escrito; ni tal apreciación es coherente con el suplico, sino todo lo contrario; ni en absoluto cabe deducirlo de la documentación acompañada con la demanda (es más, en dicho extremo la propia argumentación de la resolución recurrida es contradictoria -ftos cuarto, párrafo primero, y quinto, párrafo octavo-); ni, en definitiva, cabe deducirlo del hecho de haber optado por plantear un juicio de menor cuantía, en lugar de uno de mayor cuantía. Bien al contrario, de la petición de rendición de cuentas, y de los intentos de conseguir al respecto la colaboración del Banco, claramente resulta que los demandantes ignoraban el saldo total de la suma defraudada, por lo que no limitaban su alcance a ninguna cantidad fija, ni por aproximación. Por lo tanto, el que se les concediese una u otra cantidad no afectaba al objeto del proceso, y, consecuentemente, la decisión de la resolución del Juzgado al fijar la suma resarcitoria en el importe determinado por uno de los dictámenes periciales no altera el objeto del proceso, ni afecta al principio que veda la "mutatio libelli".

El segundo argumento en que se apoya la resolución recurrida es la utilización de un proceso -el de menor cuantía-, circunscrito, en cuanto a las pretensiones de cuantía, a las que excedan de 800.000 pts. y no rebasen los 160.000.000 pts. Tal objeción, en su aplicación al caso, no se puede mantener porque, si bien es cierto que en determinados supuestos y circunstancias, la selección del procedimiento puede ser significativo al respecto de la determinación del maximum del petitum, ello no sucede aquí porque nos hallamos ante un supuesto de cuantía indeterminada respecto del que el *art. 484.3º LEC (aplicable a la primera instancia)* preveía el trámite del juicio de menor cuantía. Y aunque pudiera resultar discutible si era preferible haber planteado el juicio de mayor cuantía con la alegación de solicitar la suma que resulte del informe pericial, siempre superior a ciento sesenta millones de pesetas, en cualquier caso, la opción diferente adoptada no supone conformidad con la suma máxima de 160.000.000 pts., y un hipotético vicio de inadecuación del procedimiento no es relevante para determinar una nulidad apreciable de oficio, porque no se ha afectado a las competencias objetiva y funcional, ni por otro lado hay merma alguna de garantías, pues la parte demandada gozó de la plenitud defensiva para efectuar alegaciones, proponer y practicar pruebas e interponer recursos.

Finalmente alude la resolución recurrida al *art. 216 LEC* relativo al principio de rogación o justicia rogada, el cual, si bien no es directamente aplicable al proceso, sin embargo estaba plenamente reconocido por la doctrina jurisprudencial como uno de los pilares generales básicos del proceso civil. Pero en absoluto el principio resulta afectado por la resolución del Juzgado, ya que los actores, como se dijo, no limitaron su petición a los ciento sesenta millones de pesetas. Ni consta una afirmación formal en tal sentido, ni existe comportamiento alguno que permita evidenciar, ni por asomo, una intención al respecto.

Como consecuencia de lo razonado procede estimar los motivos primero, en el que se alega infringido el *art. 218 LEC 2000* (por apreciar la sentencia recurrida que la resolución del Juzgado modificaba el objeto del proceso); tercero, en el que se considera vulnerado el principio dispositivo del *art. 216 LEC*; y cuarto, en el que se afirman infringidos, por interpretación errónea, los *arts. 484.3º y 489.8º LEC 1881*. Se *desestima el motivo segundo* en que se denuncia infracción del *art. 218 LEC*, porque no tiene razón el recurrente dado que la sentencia sí resuelve la cuestión, aunque no se comparta su decisión. Y resulta innecesario examinar el motivo quinto, en el que se acusa que la sentencia recurrida vulnera derechos fundamentales reconocidos en el *art. 24 CE*.

CUARTO.- La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal supone, sin perjuicio de que su contenido pueda resultar total o parcialmente afectado por lo que se decida en el recurso de casación de la otra parte que se resuelve a continuación, fijar el pronunciamiento condenatorio en la suma de 881.806.592 pesetas, sin que haya ningún problema respecto del importe por haber quedado plenamente acreditado por la pericial practicada, como razonan con amplitud y claridad las dos sentencias de instancia.

RECURSO DE CASACIÓN DEL BANCO DE VASCONIA

QUINTO.- En el *motivo tercero* del recurso del recurso (los dos primeros se inadmitieron) se alega infracción de lo dispuesto en el *art. 7.1 y 2 CC* en relación con el *art. 6 CC y 218.1 LEC* al ignorar la juzgadora "a quo" el principio "venire factum proprium". En el cuerpo del motivo se añade la infracción del *art. 11.1 y 2 LOPJ*.

La argumentación del motivo incide sobre la conducta contradictoria de la otra parte observada en la demanda y a lo largo del proceso, lo que da lugar a una actuación contraria a la buena fe y a los actos propios, pero tal denuncia al versar sobre cuestión procesal (buena fe procesal y actos propios procesales) es ajena al recurso de casación, por lo que el motivo debió haberse inadmitido como ya sucedió con los dos primeros.

SEXTO.- En el *motivo cuarto* se alega infracción por aplicación indebida de los *arts. 1101, 1103 y concordantes del Código Civil*, con referencia a la culpa contractual.

El motivo *debe desestimarse* porque en su desarrollo se acumula de modo asistemático una pluralidad de alegaciones que contradicen la base fáctica de la resolución recurrida, por lo que inciden en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, cuando no suponen inversión de la doctrina de la carga de la prueba, o sientan premisas, sin soporte fáctico adecuado, para obtener una conclusión "pro domo sua"; sin que, por lo demás, quepa admitir una operatividad del sistema de anotación contable bancario con la inseguridad y descontrol que se alude, y, de ser así en el del caso, en modo alguno puede servir de excusa de responsabilidad para la entidad bancaria y menos para hacer recaer las consecuencias del confusiónismo sobre el cliente perjudicado, sea éste, o no, un experto en el funcionamiento contable de los Bancos. Aparte de ello, también debe señalarse que la perspectiva argumentativa del motivo en lo que atañe a la fijación del "quantum" resarcitorio corresponde al ámbito de la prueba pericial y su valoración, y, por consiguiente, es cuestión ajena al recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el *motivo quinto* se alega infracción de los *arts. 1101 y 1108 del Código Civil* y la jurisprudencia que los interpreta en relación con la condena al pago de intereses.

El motivo aunque es de difícil comprensibilidad porque acumula dos cuestiones diferentes, procede resolverlo individualizando los dos temas suscitados.

La primera cuestión se refiere a que en el saldo final de la cuenta NUM000 se incluye una suma de 129.620.204 pts., que, se dice, corresponde a diversas partidas de intereses al 8,5 por ciento, cuya retribución no se pactó con los actores, por lo que tal inclusión resulta improcedente. La alegación debe rechazarse por tratarse de un tema probatorio, y, por lo tanto ajeno al recurso de casación, y porque además no tiene nada que ver con los preceptos cuya infracción se acusa en el enunciado que se refieren a

intereses moratorios, y no a los convencionales.

La segunda cuestión hace referencia a los intereses moratorios. La sentencia del Juzgado condenó al pago de intereses legales y moratorios, refiriéndose con los primeros a los del *art. 921 LEC* y con los segundos a los del *art. 1100 y 1108 del CC señalando como fecha de devengo de éstos el día 28 de mayo de 1990* en que se realizó el requerimiento notarial a la demandada para que procediera a realizar la rendición de cuentas. La Sentencia de la Audiencia se limitó a condenar al pago de los intereses legales, remitiéndose en el Auto de aclaración de 18 de febrero de 2004, como "dies a quo", a la fecha expresada en el fundamento cuarto de la resolución del Juzgado. Este Tribunal entiende que no es acertado tomar como fecha inicial de devengo la de 28 de mayo de 1990 porque en la misma no hubo ninguna interpelación (*arts. 1100 CC y 63.2 C Com.*), sino una mera petición de rendición de cuentas, y asimismo considera que debe sustituirse por la de la presentación de la demanda. A esta apreciación no obsta que la concreción del saldo distraído haya tenido lugar en el curso del proceso en primera instancia porque la deuda ya existía en aquel momento aunque no se hallare totalmente concretado su importe, y los actores, por consiguiente, se vieron privados de un rendimiento de un capital fructífero, a lo que se añade la existencia de un comportamiento claramente obstructivo por parte de la entidad bancaria a la investigación del saldo, pues no sólo no efectuó la rendición de cuentas que le fue solicitada, contradiciendo la más elemental lealtad contractual, sino que además no facilitó la documentación ni permitió que fuera examinada por unos expertos (consultoría encargada por los actores), todo ello en relación con la moderna doctrina jurisprudencial relativa al criterio de la razonabilidad o no de la oposición (SS. 31 de mayo 2006, 8 noviembre 2007; 19 mayo, 24 julio y 11 septiembre 2008, entre otras), que matiza la regla "in illiquidis non fit mora", mitigando la exigencia de la liquidez, la cual, además de carecer de soporte legal, resulta frecuentemente injusta y no da en muchos casos (como sucede en el presente) adecuada respuesta para la satisfacción de los intereses en juego.

Como consecuencia de lo expuesto se estima parcialmente el motivo en el sentido de fijar como fecha de devengo de los intereses legales la de la interpelación judicial -presentación de la demanda-.

OCTAVO.- En el *motivo sexto* se alega infracción por incorrecta aplicación de los *arts. 6.4 y 7.1 del Código Civil* en relación con el *art. 286 del Código de Comercio*.

El motivo se *desestima* porque se efectúan en el mismo afirmaciones que carecen de soporte probatorio, pues claramente se ha declarado en la sentencia impugnada que no hay prueba sobre los planteamientos relativos a una íntima conexión entre las diferentes cuentas del grupo Mimenza en la Sucursal del Banco de Vasconia de Durango y al fenómeno jurídico de <<confusión de patrimonios>>. Las diversas alegaciones al respecto incurren en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, que se produce cuando se parte de apreciaciones fácticas divergentes de las sentadas en la resolución recurrida, por lo que no se dan los supuestos históricos, cuya coincidencia con los normativos, permita apreciar la infracción de la norma legal denunciada y obtener las consecuencias jurídicas correspondientes.

NOVENO.- En el *motivo séptimo y último* se acusa infracción por inaplicación de los *arts. 7 CC y 11.2 LOPJ* en relación a la mala fe y culpa de la parte actora.

El motivo imputa una conducta a los actores contraria a la buena fe y constitutiva de abuso de derecho, por urdir una operativa para obtener un enriquecimiento injusto. El fundamento de la imputación se centra en la utilización de Don Guillermo como testaferro u hombre de paja, y el cual, si bien no tiene un apoderamiento escrito para disponer de los saldos de las cuentas particulares de los actores, era un auténtico factor notorio, y además, como gerente de la empresa Aluminios Francisco Mimenza S.A. tenía concedido por el administrador único Sr. Juan un poder amplísimo, habiendo sido dicho Sr. Guillermo el que recibía los extractos de las cuentas de los actores, y el que, en virtud de dicha delegación, pudo manipular y falsear los mismos, impidiendo a los titulares de las cuentas conocer sus verdaderos movimientos. Esta actuación del Sr. Guillermo como "factor notorio" implica, -según la parte recurrente- que el Banco no puede ser responsable de los actos de dicha persona y que existe una clara responsabilidad del Sr. Juan por culpa "in eligendo" e "in vigilando".

Este motivo como el anterior olvidan completamente los hechos probados. Con independencia de la participación directa de empleados de la entidad bancaria en varias disposiciones de fondos de la cuenta núm. NUM000 de los actores, resulta insostenible el planteamiento de considerar al Sr. Guillermo como factor notorio si se tiene en cuenta que: a) no tenía apoderamiento escrito ni verbal de los actores para hacer operaciones en relación con la cuenta expresada; b) los empleados de la entidad bancaria conocían perfectamente la falta de apoderamiento, y de autorización alguna al Sr. Guillermo para efectuar cargos o extracciones de fondos de la cuenta NUM000; y, c) el Sr. Guillermo era colaborador-remunerado del propio

Banco. Pretender que por tener un apoderamiento respecto de la empresa Aluminios F.M., S.A., y por tener depositada una cierta confianza el Sr. Juan en el Sr. Guillermo , se produce una situación -contexto - que exculpa al Banco carece de justificación alguna. Ni al Sr. Guillermo se le puede considerar, ni por asomo, factor notorio respecto del Banco, ni menos todavía es imaginable una conducta de mala fe, o de ejercicio abusivo de derecho, por parte de los actores.

La doctrina jurisprudencial dictada en interpretación y aplicación del *art. 286 del Código Comercio* en cuya virtud el factor notorio obliga también al comerciante cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas y los contratos inciden o recaen sobre el giro, tráfico o actividad propia del establecimiento, responde a la finalidad de proteger a los terceros de buena fe, y exige como presupuesto básico la existencia de una apariencia jurídica que transmita al tercero la creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado (SS., entre otras, 30 de septiembre de 1960, 2 de abril de 2004, 27 de marzo de 2007, 28 de septiembre de 2007), y nada de ello sucede en el caso, en el que en absoluto nada tenían que ver las operaciones relativas al giro y tráfico del establecimiento (empresa de Aluminios) con las de carácter privado de los actores, ni el Banco era un tercero de buena fe que pueda apoyarse en una apariencia jurídica, toda vez que las circunstancias de falta de apoderamiento y de autorización para actuar el Sr. Guillermo en la cuenta 608 era plenamente conocida por los empleados de la Sucursal del Banco de Vasconia de Durango.

DÉCIMO. - La estimación de parte del motivo quinto del recurso de casación, y desestimación de los restantes, supone que procede estimar parcialmente el recurso de casación únicamente en el sentido, ya expuesto, de fijar la fecha de devengo de los intereses moratorios en la de la interpelación judicial -presentación de la demanda-, en lugar de la del 28 de mayo de 1990. Y no se hace especial imposición de las costas causadas en las dos instancias y en los recursos por aplicación de los *arts. 523, párrafo segundo, LEC 1881, y 398.2 de la LEC 2000* .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

PRIMERO.- Que estimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Don Juan y Doña Enma contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bilbao el 4 de febrero de 2004 , complementada por el Auto de 18 siguiente, en el sentido de sustituir la condena al pago de la cantidad de ciento sesenta millones de pesetas -160.000.000 pts.-, por la de ochocientos ochenta y un millones ochocientas seis mil quinientas noventa y dos pesetas -881.806.592 pts.- (5.299.764, 35 euros).

SEGUNDO.- Que estimamos en parte el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Banco de Vasconia, S.A. contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bilbao el 4 de febrero de 2004 , complementada por el Auto de fecha 18 siguiente, en el sentido de señalar como fecha inicial de devengo de los intereses legales la de la interpelación judicial -presentación de la demanda- en lugar de la de 28 de mayo de 1990.

TERCERO.- Que mantenemos en lo demás el contenido de la Sentencia de la Audiencia.

CUARTO.- Que no hacemos especial imposición de costas en las instancias ni por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel .- Antonio Salas Carceller.- José Almagro Nosete.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jesús Corbal Fernández** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.