

Id Cendoj: 28079110012006101199
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 884/2000
 Nº de Resolución: 1083/2006
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: VICENTE LUIS MONTES PENADES
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Reintegro de depósitos bancarios. Reclamación frente al Banco y frente a otros receptores.
Falta de motivación

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Noviembre de dos mil seis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de D. Alonso y D^a Valentina , contra la Sentencia dictada en veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa en el Recurso de Apelación nº 3323/98 dimanante de los autos de Juicio de Menor cuantía nº 716/97 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Sebastián. Han sido partes recurridas "BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A.", representado por el Procurador D. Isacio Calleja García, " COBANEXPO S.Coop. de Crédito, Ltde.", representado por la Procuradora D^a. Paloma Ortiz- Cañavate Levenfeld, y D^a Elena , representada por la Procuradora D^a Begoña del Arco Herrero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D^a Valentina y D. Alonso demandaron a D^a Elena , Banco de Santander S.A. y "Cobanexpo, Sociedad Cooperativa de Crédito Limitada". Se postulaba sentencia en la que se contuvieran los siguientes pronunciamientos : (a) Se condene al Banco de Santander al abono de 29.817.953 pesetas, así como los intereses bancarios de 1.080.000 pesetas y los intereses legales; (b) Se condene a Cobanexpo, como responsable subsidiaria, al abono de 13.000.000 pesetas y sus intereses legales; (c) Se condene a la Sra. Elena , como responsable solidaria con el Banco de Santander respecto de la cantidad de 5.733.830 pesetas, así como los intereses legales de dicha suma; (d) Con expresa imposición de costas a los demandados.

SEGUNDO.- El Banco de Santander compareció y se opuso. Alegó la excepción de cosa juzgada y solicitó la desestimación, con costas. Cobanexpo formuló la excepción de prescripción, y solicitó asimismo la desestimación, con costas. D^a Elena alegó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y solicitó también la desestimación, con costas.

TERCERO.- Por Sentencia dictada en 11 de junio de 1998 , en Autos del Juicio de Menor Cuantía nº 716/97, el Juzgado de Primera Instancia de Donostia nº 2, desestimó la demanda, absolvió a los demandados e impuso las costas a la parte actora.

CUARTO.- La Sentencia fue apelada por la parte actora, conociendo de la alzada la Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que dictó Sentencia en 28 de octubre de 1999, Rollo 3323/98 . Desestimó el Recurso de Apelación, confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia e impuso las costas a la parte apelante.

QUINTO.- Contra dicha Sentencia ha interpuesto Recurso de Casación la parte actora, después apelante, formulando al efecto veinte motivos, de los cuales ocho por el cauce del ordinal 3º del *artículo 1692 LEC 1881*, diez por la vía del ordinal 4º del indicado precepto, y dos sin precisa indicación de la vía,

pero complementarios de otros anteriores, según la peculiar técnica empleada.

Oportunamente, los recurridos D^a Elena , "Cobanexpo, Sociedad Cooperativa de Crédito Limitada" y "Banco Santander Central Hispano, S.A.", han presentado escritos de impugnación del Recurso.

Se señaló para votación y fallo el día 13 de octubre de 2006, fecha en la que efectivamente tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. VICENTE LUIS MONTÉS PENADÉS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- I.- El conflicto planteado y las pretensiones que se deducen.-

1.- Los actores fueron titulares, entre 1988 y 1992, de dos cuentas en el Banco de Santander, que es el principal demandado.

2.- El Sr. Alonso era Presidente, hasta 1990, del Consejo Rector "Cobanexpo, S.Coop. de Crédito Ltda." de la que era Directora General la codemandada D^a Elena .

3.- Por Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Donostia, en la causa 1202/90 , el actor Sr. Alonso fue condenado como autor responsable de un delito de apropiación indebida por haber dispuesto, en provecho propio, de fondos de la mencionada Cooperativa, fondos que reintegró poco antes de iniciarse inspección por el Banco de España.

4.- La indicada Cooperativa tenía abierta en Banco de Santander una cuenta mutua o "cuenta de corresponsales" en el referido Banco.

5.- A petición de la Hacienda Foral, el Banco de Santander certificó los depósitos que los actores tenían en el Banco.

6.- De tales depósitos, recibieron los actores - según reconocen - la cantidad de 25.500.000 pesetas, pero no les fueron abonados otros importes, que ahora reclaman, con sus intereses legales : (i) 29.817.953 pesetas, más los intereses de 1.080.000 pesetas del Banco de Santander; (ii) 13.000.000 de "Cobanexpo" a la que le serían abonadas por el Banco; (iii) 5.773.830 pesetas de D^a Elena , que los recibiría en efectivo del propio Banco.

7.- La reclamación se planteó en un primer litigio, entre los mismos actores y el Banco de Santander, que resolvió, en principio, el mismo Juzgado de Primera Instancia de Donostia nº 2 (Autos de menor cuantía 521/94), en el sentido de absolver al Banco, pero esta Sentencia fue revocada por la que dictó en Apelación la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2^a, en 30 de septiembre de 1996, Rollo 2475/95 , en el sentido de estimar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

II.- El debate en la instancia.-

8.- Hay que hacer constar que, a tenor de cuanto se dice en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia de apelación, la Sala y el Juzgado llegan a idéntica convicción.

III.- La Sentencia de Primera Instancia.

9.- Rechaza las excepciones opuestas por codemandados: (a) La de cosa juzgada, opuesta por el Banco codemandado, en cuanto que la sentencia de Apelación, antes señalada, revocaba la de primera instancia y revocaba la sentencia por falta de litisconsorcio pasivo necesario; (b) La de prescripción, esgrimida por la codemandada "Cobanexpo, S. Coop. Ltda." por cuanto mediaba entre las partes una relación contractual a la que le era aplicable el *artículo 1964 CC* y no el *artículo 1962 CC* , contra lo que sostenía la expresada codemandada (c) La de falta de litisconsorcio pasivo necesario, alegada por la codemandada Sra. Elena pues no es objeto del pleito la relación del Sr. Alonso con los terceros que le prestaron dinero, supuestos verdaderos titulares de los depósitos por los que se reclama. Aplica el Juzgado el *artículo 1753 CC*.

10.- El Juzgado analiza la condición de "cliente preferencial" del Sr. Alonso y su modo de actuar, la existencia de órdenes verbales, la carencia de documentación con que se han encontrado los peritos, y llega a la conclusión de que ha sido reintegrado de todas las cantidades que existían en activos financieros

en el Banco de Santander que eran de su titularidad.

IV.- La Sentencia de Apelación.

11.- Procede la Sala, en vista de la alegación de "error en la apreciación de la prueba" a un nuevo análisis de la practicada. Después de destacar la condición de Presidente de la Cooperativa demandada, de la que era Directora General la codemandada Sra. Elena , y el hecho de que ambos tenían facultades de disposición, examina las sumas que se invirtieron en activos financieros, y llega a la conclusión de que la cantidad invertida fue de 43.960.933 pesetas, y no de 55.317.943 pesetas, y, siguiendo las operaciones, tiene por acreditado que la liquidación por el Banco de Santander fue correcta y exacta.

12.- En cuanto a la codemandada Cobanexpo, destaca la especificidad de la cuenta abierta en el Banco como "cuenta de corresponsales", es decir, de operativa financiera, que funciona por el sistema de "apunte y remesa", por lo que era viable en la época que las órdenes fueran simplemente verbales, con reflejo contable, , que además el Sr. Alonso llevaba de "forma un tanto peculiar", como se desprende de la Sentencia penal antes indicada.

13.- En punto a la codemandada Sra. Elena , no se prueba - dice la Sala- que al recibir un cheque por importe de 5.733.830 pesetas fuese más allá de su actuación como mera mandataria, dado que la parte actora no ha probado - y le corresponde la carga de la prueba -que al hacerse cargo de los fondos se los quedara o dispusiera de ellos por propia iniciativa y no como mandataria de la empresa de la que dependía o sus rectores, en una compañía que contabilizaba por asientos mensuales, lo que permite mascarar las operaciones realizadas, con fines claramente de opacidad. Operativa que, libremente asumida, no ha de traerse ahora para enfrentar a la demandada con el petitum contra ella sostenido.

SEGUNDO.- En el Primero de los Motivos, por la vía del ordinal 3º del *artículo 1692 LEC 1881*, denuncian los recurrentes falta de **motivación** , que infringiría los preceptos de los *artículos 120 de la Constitución, 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 359 y 372.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* . La infracción se habría producido en determinados puntos de los Fundamentos Jurídicos 3º, 4º y 5º, y en el escrito resumidamente se concluye que la sentencia - a juicio de la parte recurrente - carece de **motivación** suficiente, no es clara ni precisa y "no contiene las razones y fundamentos legales procedentes para el fallo al no aludir a hechos probados y fundamentos de derecho aplicados".

El motivo se desestima.

Ante todo, esta Sala ha dicho reiteradas veces que la exigencia formal del *artículo 248.3 LOPJ* ha de ser entendida, respecto de las resoluciones del orden jurisdiccional civil, de modo flexible, como sugiere precisamente la expresión "en su caso" que contiene el propio texto legal (Sentencias de 22 de febrero y 6 de octubre de 1988, 28 de junio de 1990, 30 de mayo de 1992, 1 de febrero y 7 de junio de 1993, 21 de febrero de 1994 , etc.). La tutela judicial efectiva (*artículo 24 CE*) comprende el derecho a obtener una resolución motivada, conforme al deber que impone el *artículo 120.3 de la Constitución* . La **motivación** ha de ser razonable y no ha de apartarse de los hechos establecidos en la instancia (Sentencias del Tribunal Constitucional 124/1993, 42/2004, 8/2004 , etc.), pero las Sentencias han de reputarse motivadas cuando deciden puntos de la controversia exteriorizando el fundamento de la decisión adoptada y haciendo explícita que ésta responde a una determinada interpretación del Derecho, y no se requiere una fundamentación que sea agotadora o repleta de argumentos, ni es exigible una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes o entrar a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por las partes (Sentencias del Tribunal Constitucional 146/1990, de 1 de octubre ; Sentencias de esta Sala de 7 de junio de 1989, 30 de abril de 1991, 7 de marzo de 1992, 20 de febrero de 1993, 27 de julio de 1994 , etc.).

La Sentencia recurrida se atiene a los hechos, entra en el examen de las pruebas, procede a su valoración, aplica el Derecho que estima ha de regir el conflicto, y explicita todo ello, aún cuando no responda punto por punto a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones. Por otra parte, el Motivo más que referirse a la **motivación** parece orientado por la denuncia de un error de valoración, a cuyo efecto no puede utilizarse la denuncia de infracción de los preceptos invocados.

TERCERO.- En el segundo de los motivos, por el cauce del ordinal 3º del *artículo 1692 LEC 1881*, denuncia la parte recurrente incongruencia omisiva de la sentencia, que no se habría pronunciado sobre una de los pedimentos formulados, infringiendo con ello los *artículos 120 de la Constitución y 359, 361 y 702 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881* . La Sentencia, de este modo, habría omitido un pronunciamiento sobre la petición de condena, formulada contra el Banco de Santander, para que abonara a los actores "los intereses bancarios de 1.080.000 pesetas". Oponen los recurridos, a este respecto, que no

cabe olvidar que la Sentencia es absolutoria.

El motivo se desestima.

La tutela judicial efectiva que protege el *artículo 24 de la Constitución* comprende, desde luego, el derecho a obtener una resolución motivada sobre el fondo de la solicitud dirigida al órgano judicial, que además ha de ser congruente, en el sentido de que debe responder a lo pedido por el actor y a los fundamentos de su petición. A diferencia de la incongruencia por exceso, la incongruencia omisiva siempre vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 215/1999, 141/2002 , etc.). Pero la incongruencia se mide por la correlación entre el fallo y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, siguiendo la regla *sententia debet esse conformis libello*, y hay que entenderla poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la Sentencia, como tantas veces ha dicho esta Sala, y ha de señalarse que la adecuación entre lo pedido y lo concedido no requiere una identidad absoluta, pues es suficiente la existencia de una conexión íntima entre ambos términos, de tal modo que se decida sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo (Sentencias de 2 y 21 de febrero de 1985, 23 de octubre de 1986, 24 de julio de 1989 , entre tantas otras), de modo que el *artículo 359 LEC 1881* impone a los Tribunales la obligación de guardar el debido acatamiento, al dictar sus resoluciones, al componente fáctico y jurídico de la pretensión ejercitada (Sentencias de 15 de febrero de 1991, 8 de marzo de 1988, 1 de febrero de 1989, 2 de enero de 1991, 21 de enero de 1995 , entre muchas otras).

Cabe así decir que la congruencia supone una relación de conformidad o concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidas en la súplica de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no con relación a los razonamientos o fundamentaciones que se hagan en ellos (Sentencias de 16 de febrero y 17 de mayo de 1984, 20 de marzo de 1986, 22 y 26 de diciembre de 1989). Además, no obliga a los órganos jurisdiccionales a la aceptación o denegación escrita y literal de lo solicitado por las partes, sino que les permite matizar lo por ellas pedido (Sentencia de 22 de septiembre de 1994). Cabe, pues, la desestimación tácita y más cuando se trata de una sentencia absolutoria, pues en este tipo de sentencias sólo se daría la incongruencia si la absolución hubiera sido determinada por la estimación de una excepción no alegada ni apreciada de oficio en el caso de que ello proceda (Sentencias de 28 de enero, 4 de marzo y 16 de mayo de 1991 , etc.).

Es lo que ha ocurrido en el caso. El Tribunal tiene por indebidos tales intereses, en vista del sistema de remuneración de las participaciones en un fondo de inversión, en base a una valoración diaria establecida por el Mercado de Valores, lo que debió determinar el reintegro por el importe valorativo a la fecha de enajenación y, aunque no haya procedido a reseñar específicamente su decisión en este punto, hay que entender que el pedimento quedaba tácitamente desestimado, comprendido en la absolución del demandado.

CUARTO.- El en tercero de los motivos, por el cauce del ordinal 3º del *artículo 1692 LEC 1881* , se denuncia la infracción de los *artículos 1253 CC y 24.1 de la Constitución* , que se habría cometido en concretos puntos, que señala, de la Sentencia, cuando, al reseñar la condena penal que sufrió el actor y el sistema de contabilidad que se llevaba en la Cooperativa bajo su presidencia, basa la decisión en hechos ajenos al juicio. En estrecha relación con lo anterior, como destaca el propio recurrente, el Motivo Décimo Sexto, esta vez por la vía del ordinal 4º del *artículo 1692 LEC 1881*, vuelve a señalar como infringidos los *artículos 24.1 de la Constitución y 1253 del Código civil*, subrayándose que trata de obtener deducciones a partir de hechos ajenos al litigio, de los que ofrece el recurrente su propia explicación. Conviene, por ello, que realicemos un examen conjunto de los motivos.

Los Motivos se desestiman.

En primer lugar, no se da recurso contra los fundamentos que no constituyan *ratio decidendi* de la sentencia, y aquí la Sala de instancia no está exponiendo el fundamento nuclear de su decisión, sino argumentos complementarios, que introduce con la expresión "a lo anterior, hay que añadir..." y, por otra parte, está indicando que cuando se ha actuado de una determinada forma más o menos irregular no debe obtener de ese comportamiento ventaja o fortaleza. Pero la Sala utiliza la prueba directa, y no utiliza la técnica de la presunción.

La prueba de presunciones consiste en deducir un hecho de otro, al que suele venir concatenado según ocurre en la normalidad de los casos, de acuerdo con la experiencia, el *id quod plerumque accidit*. Y aquí la Sala no lleva a efecto esta operación, sino que ha acudido, como decíamos, a la prueba directa (Sentencias de 28 de octubre de 2004, 27 de diciembre de 1999, 16 y 23 de noviembre de 2000, 19 de abril de 2002 , etc.). Hay abundante documentación que demuestra la situación que describe la Sala, de la que ésta no obtiene un hecho, sino una conclusión en Derecho.

Pero suponiendo incluso que se tratara de una prueba de presunciones, para destruir la conclusión judicial presuntiva hay que demostrar que el Juez ha seguido una vía ilógica, un camino equivocado, no razonable o contrario al buen criterio, a las reglas de la sana crítica (Sentencias de 20 de mayo de 2004, 28 de junio de 2000, etc.), lo que incidiría en la aplicación del *artículo 1253 CC*, o bien atacar la constatación del hecho base, a cuyo efecto sólo cabe utilizar el error de Derecho en la valoración de la prueba, con cita de la norma valorativa que se considere infringida, puesto que, como ha dicho la Sentencia de 24 de mayo de 2004, "la presunción se conforma en torno a tres datos o parámetros: la afirmación de base - el hecho demostrado -, la afirmación presumida - el hecho que se trata de deducir - y el nexo entre ambas afirmaciones con arreglo a un lógico criterio humano, que está constituida por las reglas de la sana crítica usadas para la valoración de otros medios de prueba." Nada de todo ello consigue el motivo examinado.

QUINTO.- En el Cuarto de los motivos, por la vía del ordinal 3º del *artículo 1692 LEC 1881*, se denuncia la infracción de los *artículos 580 LEC, 1232 y 1234 CC*. Según ello, ha de tenerse por confesa a la codemandada Dª Elena sobre determinados extremos, en especial sobre que retiró los fondos que le reclama el actor, que carecía de poder, y que no hizo entrega del dinero al actor. Del mismo modo, quedaría confesa la codemandada "Banexpo" por ignorar ciertos hechos o no ser ciertos. A lo que añade el Motivo Quinto, por el mismo cauce procesal del anterior, infracción del *artículo "687" LEC* (sic) por cuanto, según el recurrente, la sentencia desconocería el valor de la confesión por referencia o contraste con pruebas testificales. El precepto a que realmente se alude, en este último motivo, es el 637 LEC. Conviene, dada su conexión, un estudio conjunto de ambos motivos.

Los motivos se desestiman.

Ambos motivos deberían haberse planteado por la vía del ordinal 4º del *artículo 1692 LEC 1881*, pero se examinan por mor del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque, como ha dicho la Sentencia de 11 de marzo de 2000, el Tribunal Constitucional afirmó el especial rigor formal de la casación (SSTC 7/1989, 29/1993, 12/1997, etc) e incluso el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (Brualla Gómez de la Torre contra España, 19 de diciembre de 1997, párrafos 37 y 38) declara la legitimidad de exigir un especial formalismo en el recurso de casación.

El valor de la confesión, por una parte, no puede referirse a respuestas aisladas, ni a fragmentos, sino que ha de tomarse en cuenta "el conjunto armónico de lo confesado" como tantas veces ha dicho esta Sala. Por otra parte no es lícito desarticularla en casación de las demás pruebas (Sentencia de 11 de diciembre de 2000, 4 de junio de 2003, etc.). Pero, sobre todo, el recurrente intenta dar a la prueba de confesión un valor "ex lege" del que carece, pues, como tantas veces ha dicho esta Sala, la confesión bajo juramento indecisorio no constituye prueba legal o tasada cuando no es el único elemento de prueba del hecho controvertido y resulta valorada conjuntamente con los demás medios de prueba, sin perjuicio de que pueda ser tomada como un elemento de convicción más dentro del conjunto probatorio y sin carácter privilegiado (Sentencias de 8 de febrero, 5 de marzo, 26 de julio y 18 de octubre de 2002, 13 de mayo de 2004, 9 de mayo de 2005, entre otras muchas). Además, la confesión exige el reconocimiento "claro, directo, preciso y contundente de un hecho fundamental" (Sentencia de 25 de mayo de 2004), por lo que no cabe dar valor de confesión a una respuesta en que se asevera ignorar o desconocer un hecho.

SEXTO.- En el Sexto de los motivos, por el cauce del ordinal 3º del *artículo 1692 LEC 1881*, denuncian los recurrentes la infracción de los *artículos 604, 512, 504 y 602 LEC y 1225, 1226, 1227, 1228 y 1229 del Código civil*. Se trata de negar valor de prueba documental a lo que los recurrentes denominan "papeles" aceptados por la Sala de instancia.

El motivo se desestima.

Adolece, en primer lugar, de técnica casacional, de acuerdo con el *artículo 1707 LEC*, precepto que ordena citar los preceptos que se consideren infringidos, deber que la jurisprudencia ha desarrollado en el sentido de inadmitir las citas globales y por acumulación de preceptos heterogéneos (Sentencias de 18 de noviembre de 2000, 23 de mayo de 2002, 13 de febrero de 2004, etc.) o la mera conjunción de normas sin la debida separación (Sentencia de 21 de abril de 2004, 22 de enero de 1993, entre otras) porque proyecta confusión en el razonamiento sobre pertinencia y fundamentación del motivo, y más cuando se mezclan preceptos sustantivos con procesales (Sentencias de 12 de junio de 2002, 2 de marzo y 5 de noviembre de 2004, etc.). Además de que esta Sala ha admitido copias y xerocopias, y el *artículo 1225 del Código civil* no impide otorgar la debida relevancia a documentos no adverbados (Sentencia de 7 de febrero de 2005, 26 de diciembre de 2001, 111 de octubre y 27 de noviembre de 2000, 2 de abril de 1994, con los precedentes que se allí se citan), doctrina que puede ser aplicada a las copias, siempre que se conjugue su contenido con los demás elementos de juicio, pues el Tribunal puede apreciar su autenticidad a partir de una apreciación

global de las pruebas. Finalmente, es doctrina de esta Sala que el Tribunal de instancia, en uso de su soberanía en la apreciación de la prueba, puede valorar las fotocopias no adveradas en unión de otros elementos de juicio, y por ello no se impide su conjugación y valoración con otras pruebas (Sentencias de 30 de marzo de 1982, 15 de octubre de 1984, 23 de mayo de 1985, 18 de julio de 1990, 4 de septiembre de 1997, 6 de abril de 2001, 27 de septiembre de 2002 , etc.)

SÉPTIMO.- En el Séptimo de los motivos, por la vía del ordinal 3º del *artículo 1692 LEC 1881* , se denuncia la infracción del *artículo 1214 del Código civil* , y de las reglas que rigen la carga de la prueba.

Aunque con alguna discrepancia, la sede del motivo ha sido señalada por la jurisprudencia en el ordinal 4º, y no en el 3º, del *artículo 1692 LEC 1881* , pero el motivo va a ser examinado por la razón, ya explicitada, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva.

El motivo Séptimo guarda estrecha relación con el Décimo Quinto, en el que, por el cauce del ordinal 4º del *artículo 1692 LEC* , el recurrente denuncia la infracción de los *artículos 1719 y 1720 del Código civil* pues, dice, además de que la Sala ha constatado un mandato, que niega de plano el recurrente, la Sra. Elena "quedó confesa al reconocer que el dinero entregado por el Banco de Santander no fue abonado a mis representados, sin poder darles cuenta de lo que había hecho con el mismo".

Dada la conexión entre los motivos, procedemos a un examen conjunto.

El recurrente, en el Motivo Séptimo, plantea la infracción que a su juicio se ha cometido apuntando a que se hacen recaer sobre esa parte las consecuencias de la falta de prueba que no le corresponde. Aunque los recurrentes señalan diversos pasajes, la infracción denunciada, en rigor, sólo se produce en punto a la posición de la codemandada Dª Elena .

En efecto, en cuanto al Banco de Santander, como se lee en el Fundamento Jurídico Tercero, in fine, se tiene por acreditado que la liquidación de los fondos inicialmente depositados, en cuanto a sus importes, fue correcta y exacta. Otro es el problema, que ya se examina en otros motivos, de la validez y de la eficacia de las pruebas.

Algo semejante ocurre en relación con la codemandada "Cobanexpo, S. Coop. Ltda.", de lo que se ocupa el Fundamento Jurídico Cuarto. En dicho apartado, párrafo penúltimo, se alude al reflejo contable de la operación, y se presenta como correcta, dándose por acreditado que fue así, independientemente de que se discuta la eficacia de las pruebas en otros motivos.

En cambio, no ocurre lo mismo en el caso de la Sra. Elena . En el Fundamento Jurídico Quinto, se señala, en primer lugar que no ha quedado acreditado que la actividad de la expresada codemandada, al hacerse cargo del importe de un cheque por importe de 5.733.830 pesetas, fuese más allá de la de mera mandataria, sin que por la parte actora se haya cumplido con la carga que le impone el *artículo 1214 del Código civil* . Y más adelante, en el mismo Fundamento, se dice que en cualquier caso debería haber acreditado que al hacerse cargo de dichos fondos, por los que ahora se le reclama, los destinó a ella misma o dispuso de ellos por su propia iniciativa, y no como mera mandataria de la empresa de la que dependía o de sus rectores.

Hay en todo ello una cierta confusión, que gira en torno a un dato crucial. La expresada señora codemandada recibió un cheque que le fue entregado por el Banco de Santander, pero ese cheque se libró para hacer pago al actor, o a la Sociedad Cooperativa ("Cobanexpo") en la que prestaba servicios la codemandada. En la exposición de la Sentencia, parece que lo recibió en su calidad de directora general de "Cobanexpo, S. Coop. Ltda.". Del relato que realiza el recurrente se desprende que la alusión al mandato se produce con referencia a una gestión inmersa en una relación personal entre actor y demandada. Si lo primero, evidentemente la carga de la prueba le corresponde al actor, ya se aplique el *artículo 1214 CC* , pues ha de probar la obligación de que la señora Elena le entregue el cheque, ya se aplicara, dialécticamente la regla que ahora expresa el *artículo 217 LEC* , pues el efecto jurídico (obligación de entregar el cheque o los fondos al actor) requeriría la prueba de la relación jurídica establecida entre el actor y la codemandada que recibió el cheque. Si, por el contrario, el mandato a que apunta la Sala de instancia se hubiere constatado como existente entre actor y codemandada, debería la receptora del cheque, mandataria, probar el hecho impeditivo, extintivo o enervador de la obligación de entrega, lo que en el tenor del *artículo 1214 CC* se contenía en la prueba de la extinción de la obligación.

Sobre ese equívoco se presenta el argumento de apoyo del motivo. Pero la Sala de instancia parece estar diciendo que recibió el cheque la señora codemandada como "mandataria" de la empresa para la que trabajaba. Y en ese sentido, aplicaría correctamente la regla de la carga de la prueba.

El actor, ahora recurrente, sin embargo, plantea la cuestión de otro modo. Los fondos de origen del cheque estaban situados en el Banco de Santander a nombre del actor. Se paga, en parte, o se devuelve el depósito, a la orden del actor, pero el dinero lo recibe la codemandada, que no se lo entrega al actor. En tal caso, el actor no ha de probar los extremos que señala la Sala de instancia, pues, siendo claro que el cheque se libra contra fondos del actor, se entrega a una tercera persona, y ésta no lo hace llegar al actor, bastaría con probar (el actor) la relación de base y el hecho de la recepción por parte de la codemandada, para dar cumplimiento a la *regla del artículo 1214 CC*, aplicable al caso.

En tal caso, estaríamos en el caso de admitir el motivo, puesto que la aplicación de la regla de la carga de la prueba no se habría producido de modo correcto, pero aún entonces esta Sala entiende que no procede casar la Sentencia, pues de la aceptación del motivo derivaría, por imperativo de lo dispuesto en el *artículo 1715.1.3º LEC 1881*, sobre el efecto positivo de la jurisdicción, el deber de esta Sala de asumir la instancia y resolver "lo que corresponda dentro de los términos en que se haya planteado el debate" y, en vista del material probatorio obrante en autos, se ha de llegar a la misma conclusión alcanzada en la instancia, sobre desestimación de la pretensión deducida por el actor contra la repetida codemandada Sra. Elena, por lo que, en aplicación de la doctrina de equivalencia de resultados, no cabe estimar el recurso cuando haya de mantenerse el fallo de la sentencia recurrida, toda vez que el carácter de este recurso extraordinario es producir, cuando sea estimado, una alteración en el fallo de la sentencia recurrida (Sentencias de 17 de diciembre de 1988, 30 de enero, 13 y 15 de febrero, 14 y 20 de marzo, 20 y 22 de junio y 11 de julio de 1992, 10 de noviembre de 1994, etc., etc.).

En todo caso, el Motivo Décimo Quinto, quedaría afectado por las mismas consideraciones, además de que resulta carente de base, pues la Sala no se refiere a una relación de mandato entre el actor y la codemandada, por lo que habría de ser desestimado en todo caso.

Razones por las cuales se desestiman ambos motivos.

OCTAVO.- En el Motivo Octavo, por el cauce del ordinal 3º del *artículo 1692 LEC 1881*, se denuncia la infracción de los *artículos 578, 707 y 862 LEC* por cuanto, propuesta prueba testifical, un testigo no pudo ser citado durante la primera instancia y, reiterada la petición en apelación, fue denegada la prueba. El ahora recurrente efectuó protesta en la Vista de apelación.

El motivo se desestima.

Ante todo, es de reseñar que el derecho a un proceso debido, que es uno de los factores que conforman el derecho a la tutela judicial efectiva (*artículo 24.1 de la Constitución*), incluye el derecho "a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa" (*artículo 24.2 CE*). Lo que vendría a significar que tiene derecho a proponer, y a que el juez acuerde, la práctica de todos aquellos medios de prueba que resulten pertinentes, lo que es sinónimo de "legitimidad y relevancia". El juez ha de aceptar los medios de prueba propuestos que sean jurídicamente admisibles y conduzcan a acreditar hechos determinantes para la decisión, lo que, en la jurisprudencia constitucional, se ha traducido en que es prueba pertinente aquella cuya denegación produce materialmente indefensión (SSTC 37/2000, 157/2000, 3/2005, etc.). O sea que no toda inadmisión, por irregular que fuere, de medios de prueba implica una vulneración del *artículo 24.2 de la Constitución*, sino que se requiere que sea injustificada, arbitraria e irrazonable y, sobre todo, que influya en el resultado del proceso. En definitiva, que en el sentir de la jurisprudencia constitucional sólo hay indefensión por razón de la prueba cuando se priva al litigante de un medio de prueba decisivo para el éxito de su posición (SSTC 35/2001, 165/2001, 168/2002, 1/2004, 88/2004, etc.). La prueba omitida difícilmente podría ser decisiva.

Por otra parte, de los preceptos invocados el *artículo 578 LEC* se limita a enumerar los medios de prueba, el *artículo 707 LEC* previene que se reciba a prueba en segunda instancia, si concurren las *circunstancias del artículo 862* y señala que la Sala "resolverá de plano lo que estime procedente", y el último de los citados, en su ap. 2º prevé que la prueba no se haya podido practicar en primera instancia "por cualquier causa no imputable al que la solicitare", y éste es criterio que la Sala apreció en el sentido de que la prueba no fue practicada por causa imputable al ahora recurrente, además de que la admisión de prueba en segunda instancia tiene carácter excepcional y limitado (STC 149/1987, de 30 de septiembre).

NOVENO.- En el Motivo Noveno, por el cauce del ordinal 4º del *artículo 1692 LEC 1881*, denuncia el recurrente la infracción de los *artículos 306 CCom. y 1775 y 1766 del Código civil*. Para apoyar este planteamiento, en los Motivos Décimo Octavo y Décimo Noveno, sin indicar la vía procesal procedente, se señalan algunas sentencias de esta Sala, indicando jurisprudencia que, a juicio del recurrente, ha sido infringida. Consisten estos últimos motivos en la transposición de sentencias, sin comentario ni precisión

ulterior.

El motivo se desestima y con él, en cuanto referencia de apoyo o complementaria de la argumentación, los Motivos Décimo Octavo y Décimo Noveno.

La Sentencia, como ya se ha destacado anteriormente, da por probado que la liquidación y devolución de los fondos fue regular y correctamente ejecutada.

Hace el recurrente supuesto de la cuestión, es decir, parte de los hechos según los entiende, a su interesado criterio, probados, y prescindiendo de la estimación de la Sala respecto del resultado de la prueba. Esta Sala ha dicho reiteradas veces que no es admisible un recurso en el que se de por probado lo que la Sala de instancia no admite como tal, sin haber utilizado los remedios de que dispone el recurrente para demostrar la apreciación errónea o infundada de la Sentencia, o cuando el intento ha fracasado, lo que ha de hacerse mediante la invocación de error de Derecho en la apreciación de la prueba, con cita de la norma valorativa infringida, o mediante la alegación de error notorio, irrazonabilidad o arbitrariedad, con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1982, 68/1983, 24 y 137/1987, 148/1994, 149/1995 , o de esta Sala, como las de 4 de noviembre de 1993, 7 de junio de 1995 , entre otras muchas) e ignorando lo que se ha estimado probado. Este modo de proceder conduce a la desestimación, como, entre otras, se dice en las Sentencias de 12 de junio de 2002, 28 de octubre y 23 de noviembre de 2004, 16 de marzo, 8 de abril, 9 y 12 de mayo de 2005 , etc.

DECIMO.- En el Motivo Décimo, por la vía del ordinal 4º del *artículo 1692 LEC 1881* , denuncia el recurrente la infracción de los *artículos 1157, 1162, 1163 y 1164 del Código civil* , a la que se uniría la de la jurisprudencia invocada, sin especificar la vía procesal, en los Motivos Décimo Octavo y Décimo Noveno.

El motivo, con sus apoyos en los posteriores que han quedado indicados, ataca la declaración como hecho probado de la correcta liquidación de los depósitos. Al sostener que no se ha probado el pago, el recurrente hace supuesto de la cuestión, con los efectos de inadmisibilidad que han sido señalados al examinar el Motivo anterior, en el Fundamento Jurídico Noveno, al que nos remitimos para evitar innecesarias reiteraciones. Por otra parte, si se pretendía combatir la estimación de la prueba, debería haberse utilizado la vía del error notorio, de la irrazonabilidad o arbitrariedad, o la del error de Derecho en la apreciación, que requiere la cita del precepto valorativo que haya podido ser infringido.

Razones por las que debe ser desestimado este motivo, y los que, en el planteamiento del recurrente, le sirven de apoyo (18º y 19º).

UNDECIMO.- En el motivo Undécimo, por la vía del ordinal 4º del *artículo 1692 :LEC 1881*, denuncian los recurrentes la infracción de los *artículos 1101 y 1104 del Código civil*.

El motivo se desestima, puesto que cae por su base, ya que la aplicación de los preceptos invocados requiere la constatación del incumplimiento por parte del Banco depositario o la irregularidad del comportamiento de los codemandados, esto es, el retraso, la carencia o el carácter defectuoso de la prestación, imputables por dolo, culpa o por razón de otro elemento o factor previsto en la ley. Y precisamente la Sentencia dice lo contrario, con lo que se hace supuesto de la cuestión, en los términos que se han señalado en el Fundamento Jurídico Noveno de esta resolución, al que nos remitimos para evitar reiteraciones estériles.

DUODECIMO.- En el Motivo Duodécimo, por el cauce del ordinal 4º del *artículo 1692 LEC 1881*, plantean los recurrentes la infracción de los *artículos 1770 del Código civil y 308 del Código de Comercio*.

El Motivo se desestima.

Se refiere el recurrente a la falta de abono de los intereses bancarios por el Fondo de Inversión Fonsander de 1.080.000 pesetas, pretensión postulada en la demanda sobre cuya desestimación tácita se ha razonado en el anterior Fundamento Jurídico Tercero, in fine.

La Sala de instancia ha examinado con detalle el reintegro efectuado por el Banco de Santander, que también había merecido la atención del Juzgado de Primera Instancia (Fundamentos Jurídicos Tercero de la Sentencia recurrida y Sexto del Juzgado). En ambos casos, se llega a la conclusión de que se reintegró la totalidad de lo depositado, sin duda porque el sistema de remuneración de tales fondos no generan los intereses que se reclaman, según se ha señalado en el anterior Fundamento Jurídico Tercero. La viabilidad de una revisión de lo decidido en la Sentencia objeto del presente recurso requeriría la alegación y la prueba de la existencia de un error de Derecho en la apreciación de la prueba, que no se ha llevado a

efecto, por lo que el Motivo ha de decaer.

Por otra parte, si ante la escasa o nula **motivación** de la Sala, en este concreto aspecto, se procediera a la estimación del motivo, no entiende esta Sala que habría que casar la Sentencia, toda vez que por el efecto positivo de jurisdicción (*artículo 1715.1.3º LEC*) debería llegarse a la desestimación del pedimento formulado por el actor ahora recurrente respecto de los intereses que reclama, por lo que la sentencia no sería modificada y, tratando este recurso extraordinario precisamente de modificar, en su caso, las sentencias, procedería la aplicación de la doctrina llamada de equivalencia de resultados, dejando incólume la decisión de la Sala de instancia.

DECIMOTERCERO.- En el Motivo Décimo Tercero, por el cauce del ordinal 4º del *artículo 1692 LEC 1881*, denuncian los recurrentes la infracción de los *artículos 1709, 1710 y 1259 del Código civil*. En el Motivo Décimo Cuarto se presenta el mismo problema desde otro ángulo, también al amparo del ordinal 4º del *artículo 1692 LEC*, denunciando la infracción de los *artículos 1254, 1258 y 1162 del Código civil*. En el Motivo Vigésimo, sin indicación de la vía procesal, se trata de reforzar la argumentación de apoyo, en los Motivos 13º y 14º, con cita de jurisprudencia, a cuyo efecto se limitan los recurrentes a reproducir algunas sentencias de esta Sala, sin ulterior precisión o indicación. Procede el examen conjunto de los expresados motivos.

Los motivos se desestiman.

Se refieren los recurrentes a la actuación de la codemandada Dª Elena, a la que la Sala atribuye la condición de mandataria, al tiempo que, en los pasajes de la sentencia que se citan en el recurso, señala que los actores, ahora recurrentes, no han probado que la actuación de la referida codemandada haya traspasado los límites del mandato. Los Motivos se dirigen a demostrar que no había relación de mandato, de la que hubiera podido surgir apoderamiento, entre el actor y la codemandada. De modo que la recepción del cheque por parte de la Sra. Elena no podría justificarse por su condición de mandataria del actor. Pero la Sala, como ya se ha puesto de relieve en el anterior Fundamento Jurídico Séptimo, aún estimando que no puede hacerse a la parte ahora recurrente el reproche de no haber probado la irregularidad de la actuación de la codemandada, ha de coincidir en el mismo resultado de considerar que tal actuación está justificada. De nuevo los recurrentes presentan una cuestión de prueba por la vía de infracción del Derecho sustantivo, por lo que el Motivo queda sin base y ha de ser desestimado, extendiendo la desestimación, en lo menester, al Motivo Vigésimo que pretende reforzar el argumento de apoyo.

DECIMOCUARTO.- La desestimación de los motivos conduce, en los términos establecidos en el *artículo 1715.3 LEC*, a la del recurso, con imposición de las costas causadas y pérdida del depósito constituido.

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

FALLAMOS

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la Procurador D.Eduardo Codes Feijoo en nombre y representación de D. Alonso y Dª Valentina, contra la Sentencia dictada en veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa en el recurso de apelación nº 3323/98, imponiendo a dicha parte las costas causadas por su recurso de casación y la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jesús Corbal Fernández.- Vicente Luis Montés Penadés.-Clemente Auger Liñán.-Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Vicente Luis Montés Penadés, 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.