

Id Cendoj: 28079110012007100833
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1505/2000
Nº de Resolución: 655/2007
Procedimiento: Casación
Ponente: VICENTE LUIS MONTES PENADES
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Cantidad transferida a sociedad de valores por un Banco en virtud de orden de un cliente que resulta falsa. Disposición de parte mediante entrega en metálico por orden verbal telefónica a favor de personas indeterminadas que no son halladas. Causa penal que se sobresee por no encontrarse a los autores del delito. Reclamación de restitución de lo entregado, por "cobro de lo indebido" y por daños. Diferencias entre la *condictio indebiti* y la acción de indemnización. Procedencia, en el caso, de ésta última. Concurrencia de culpas. Liquidación de intereses.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Junio de dos mil siete.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por la Procuradora D^a. M^a Eugenia Fernández- Rico Fernández, en nombre y representación del " BANCO DE CREDITO LOCAL DE ESPAÑA, S.A. y del "AYUNTAMIENTO DE MALAGA", contra la Sentencia dictada en veinte de diciembre de mil noventa y nueve por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Recurso de Apelación nº 1856/97 dimanante de los autos de Juicio de Menor cuantía nº 517/94 del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Barcelona. Ha sido parte recurrida " B&T ASOCIADOS FINANCIEROS SOCIEDAD DE VALORS Y BOLSA S.A.", representado por el Procurador D. Enrique Sorribes Torra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La entidad BANCO DE CREDITO LOCAL DE ESPAÑA, S.A. y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA, bajo una única representación, dedujeron demanda de Juicio Ordinario de Mayor Cuantía contra "B&T ASOCIADOS FINANCIEROS SOCIEDAD DE VALORES Y BOLSA, S.A.". En la demanda se postulaba sentencia en los siguientes términos :

".. dicte sentencia en su día por la que, admitiéndose el derecho de esta parte en cuanto al ejercicio de la acción de restitución del cobro de lo indebido prevista en el *artículo 1895 del Código Civil* , así como el abono de los intereses legales previsto en el *artículo 1896* , y la acción que, subsidiaria y alternativamente, se ejercita de reparación del daño causado como consecuencia de obligaciones que nacen de culpa o negligencia, previsto en el *artículo 1902 del Código Civil* , por hallarse el supuesto amparado en dichos preceptos, se declare la obligación que tiene la demandada B. and T. Asociados Financieros Sociedad de Valores y Bolsa, S.A. (anteriormente denominada "Brokers and Traders, S.V.B., S.A.") de :

1º.- Restituir al Banco de Crédito Local de España, S.A. la cantidad de 232.000.000 de pesetas indebidamente cobrados y retenidos.

2º.- Abonar al Banco de Crédito Local de España, S.A. la cantidad de 59.603.288 pesetas en concepto de interés legal devengado en el período comprendido entre el 29 de junio de 1990 y el 21 de diciembre de 1992.

3º.- Abonar al Banco de Crédito Local de España, S.A. los intereses legales que se devenguen igualmente por el período de tiempo que dure la sustanciación de este procedimiento, y hasta que se haga el total pago ordenado en la misma y cuyo importe se concretará en ejecución de sentencia.

4º.- Se condene por último a la demandada a estar y pasar por esta declaración y al pago de las costas causadas en este juicio por su evidente temeridad y mala fe, y que prudencialmente se fijan en 11.000.000 de pesetas..."

SEGUNDO.- Compareció y se opuso la entidad demandada, alegando las excepciones de prescripción, de cosa juzgada y de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y oponiéndose al fondo, solicitando la absolución, con costas. Ambas partes insistieron en réplica y dúplica en sus alegaciones y pedimentos.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona nº 26, por Sentencia dictada en 25 de diciembre de 1997 en los presentes Autos, tramitados como Juicio de Mayor Cuantía nº 517/94-3ª, estimó la demanda y condenó a la entidad demandada a que abone al Banco de Crédito Local de España, S.A. la suma de doscientos treinta y dos millones de pesetas (232.000.000 pesetas) más los intereses legales de 462.000.000 pesetas desde el 13 al 31 de julio de 1990, y respecto de 232.000.000 pesetas desde el 31 de julio de 1990 hasta su completo pago, más las costas del juicio.

CUARTO.- La Sentencia fue apelada por la entidad demandada "Brokers and Traders Asociados Financieros Sociedad de Valores y Bolsa, S.A." y conoció de la alzada la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, Rollo 1856/97-C, Sala que dictó Sentencia en 20 de diciembre de 1999 por la que, estimando el Recurso de Apelación, revocó la de primera instancia y condenó a la entidad demandada (y apelante) a pagar "al Banco Local de Málaga" (sic) los rendimientos producidos por la cantidad de 230 millones de pesetas desde el día 29 de junio de 1990 hasta el día 31 de julio de 1990 a determinar en ejecución de sentencia, sin imposición de costas en ninguna de las instancias.

QUINTO.- Contra la expresada sentencia ha interpuesto Recurso de Casación la representación del BANCO DE CREDITO LOCAL DE ESPAÑA, S.A. y del AYUNTAMIENTO DE MALAGA, formulando al efecto cuatro motivos, todos ellos acogidos al ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881. El Recurso fue admitido por Auto de 16 de julio de 2002. Oportunamente la representación de "B&T Asociados Financieros Sociedad de Valores y Bolsa, S.A." ha presentado escrito de impugnación.

SEXTO.- Para votación y fallo se señaló el día 24 de mayo de 2007, fecha en la que efectivamente tuvo lugar, continuándose en sesiones sucesivas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- I.- La Sala de instancia considera acreditados los hechos que acto seguido se exponen resumidamente.

1.- El día 29 de junio de 1990 el Banco de Crédito Local de España, como consecuencia de una orden del Ayuntamiento de Málaga, que resultó ser falsa, envió una transferencia por importe de 462 millones de pesetas, a través del Banco de España, oficina de Madrid, a la cuenta 25.435410.2 del Banco de España de Barcelona, cuyo titular era la demandada "B&T". Ésta creyó que la citada cantidad era la provisión de fondos anunciada por unos clientes (los Sres. D. Bartolomé ., D. Jose Ángel . y D. Hugo .), con los que habían firmado un contrato de servicios patrimoniales y de ejecución de operaciones en fecha 26 de junio de 1990 y que le habían anunciado repetidamente la recepción de una transferencia por dicha cantidad. El 2 de julio de 1990 la demandada, obedeciendo una orden verbal procedente del intermediario que representaba a dichos clientes, transfirió la cantidad de 232 millones a su cuenta del Banco de Fomento de Madrid y el dinero, en metálico, fue llevado al domicilio requerido, la entidad "Asesoría Fiscal de Empresas, S.A." del Paseo de Recoletos nº 4 de Madrid, a través de la empresa ESABE. El 5 de julio de 1990 la demandada recibió otra orden verbal a fin de que transfiriera 230 millones de pesetas más por el mismo procedimiento y al mismo domicilio y, sospechando alguna irregularidad, al parecer como consecuencia de una llamada procedente del Ayuntamiento de Málaga, la compañía demandada canceló la transferencia y su Presidente presentó denuncia el mismo día. Dado que el Banco de Crédito Local ya había comunicado al Ayuntamiento de Málaga el pago, parece que primero telefónicamente el día 5 y por escrito recibido el 6, y se había descubierto la estafa, éstos se pusieron en contacto con B&T y presentaron también denuncia. Se detuvo a los intermediarios, pero parece que fueron meros instrumentos de la defraudación, sin poder hallar a los estafadores ni recuperar el dinero.

2.- Como consecuencia de los hechos descritos se instruyó procedimiento penal, calificándose los hechos como constitutivos de un delito de estafa (*artículo 529 CP* entonces vigente) y el procedimiento fue

sobreseído provisionalmente al no encontrarse a los presuntos responsables.

3.- El Ayuntamiento requirió al Banco de Crédito Local para que le pagara la cantidad indebidamente transferida y éste lo hizo, con los intereses. Mediante Acta notarial de 9 de diciembre de 1992, el Banco reclamó dicha cantidad a B&T, que se negó al pago hasta el momento en que, requerida judicialmente, devolvió los 230 millones que finalmente no se habían entregado a los estafadores.

II.- El Juzgado de Primera Instancia, como se ha dicho, estimó la demanda.

1.- En primer lugar, rechazó las excepciones planteadas. La de prescripción, que se basaba en haber transcurrido más de un año entre el hecho dañoso y la presentación de la demanda, que tuvo lugar en 22 de diciembre de 1992, por cuanto había que contar desde el archivo de las actuaciones penales, cuya decisión final fue tomada por la Audiencia Provincial de Madrid el 28 de enero de 1992. La excepción de cosa juzgada, que buscaba fundamento en que el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid antes aludido llegaba a decir, según la demandada, que B&T no era en absoluto responsable ni directa ni indirectamente, por cuanto realmente el citado Auto se limita a decir que la operación tenía apariencia de normalidad, pero no juzga la responsabilidad civil y establece la posibilidad de acudir a la vía civil. La excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, finalmente, se desestima porque la acción ejercitada no afecta ni al Banco de España ni al Banco de Fomento ni a ESABE, ninguna de cuyas actuaciones interfieren la reclamación, como el hecho de que el Banco de Crédito Local haya compensado al Ayuntamiento afecta a la acción de repetición que dicho Banco ejerce contra B&T.

2.- En segundo lugar, entendió que estamos ante un caso de cobro de lo indebido, ya que se transfiere por error un dinero que B&T no tenía derecho a recibir, por lo que, en virtud del *artículo 1895 CC*, nace la obligación de restituir. Ello no obstante, cree el Juzgador que estamos ante un supuesto encuadrable en el *artículo 1902 CC* y existe prueba suficiente de la negligencia de B&T:

(a) Por no haberse cerciorado del origen del dinero transferido.

(b) En haber ordenado apenas tres días después de haber recibido la transferencia, la devolución mediante entrega en efectivo de 232 millones en un domicilio particular.

(c) El haber contratado en Barcelona mediante un intermediario no identificado correctamente, con tres personas que nunca estuvieron en la ciudad y que también habían sido engañadas.

(d) Haber entregado el dinero efectivo mediante simples órdenes verbales por vía telefónica.

B&T debía, según el Juzgado, haber tomado las precauciones adecuadas de identificación del cliente, confirmación de origen del dinero y no haber entregado tan ligeramente el dinero en efectivo y con cargo de los gastos de traslado a la propia B&T a pesar de que la segunda entrega le dejaba sin fondos del cliente. El carácter no habitual de la operación debía haber llevado a B&T a extremar las precauciones exigibles.

III.- Otra es la estimación que realiza la Sala de Apelación.

1.- Ante todo, a juicio de la Sala no estamos ante un supuesto de cobro de lo indebido. No hubo pago - dice - ni cobro, y en todo caso lo que hubo fue un error en cuanto no había obligación de pagar..

(a) No hubo pago, por falta de un desplazamiento patrimonial hecho por el solvens con ánimo solutorio a favor del accipiens. Cuando la entrega obedezca a finalidad distinta (STS 30 de enero de 1986) podrá haber, en su caso, enriquecimiento injusto, pero no cobro de lo indebido.

(b) No hubo cobro por el demandado, pues el dinero se ingresó en una cuenta de clientes y B&T, entiende la Sala, " nunca recibió el dinero para sí, sino para gestionarlo"

(c) Lo que sí hubo fue un error, no respecto a que no existía derecho a cobrar, sino a que no se debía enviar la transferencia, aunque este error lo padeció el Banco y no el titular de la cuenta de la que procedía el dinero.

2.- Se descarta también que pueda subsumirse bajo la figura del enriquecimiento injusto, pues no hubo empobrecimiento, "pues el empobrecimiento que realmente sufrió el Ayuntamiento de Málaga ya ha sido resarcido y el del Banco tiene su causa no en la transferencia realizada, sino en su propia negligencia en la custodia del depósito del Ayuntamiento, en base a la responsabilidad contractual en la que se presume la culpa (*artículo 1183 CC*). No hubo enriquecimiento por parte de la entidad demandada ya que,

siempre según la Sala de apelación, el dinero " nunca entró en su patrimonio (el de B&T) y los estafadores no hicieron más que llevarse lo que figuraba en su cuenta como cliente y que B&T sólo llegó a gestionar en parte".

3.- La demanda solo puede prosperar de estimarse la petición subsidiaria de responsabilidad extracontractual de B&T. La Sentencia de primera instancia así lo considera, en base a cuatro puntos :

(a) Haber ordenado apenas tres días después de haber recibido la transferencia la devolución mediante entrega en efectivo de 232 millones de pesetas en un domicilio particular. La Sala no considera negligente tal actuación, pues el cliente es muy dueño de dar esa orden y es irrelevante que se exigiera el pago en efectivo, y la demandada no está obligada a entregar el dinero de los clientes de forma determinada.

(b) El haber contratado en Barcelona, mediante un intermediario no identificado correctamente, con tres personas que nunca estuvieron en la ciudad. No hay aquí negligencia, a juicio de la Sala, porque en la contratación entre ausentes es práctica habitual que los contratantes firmen en momentos y lugares diferentes.

(c) Haber entregado el dinero mediante simples órdenes verbales por vía telefónica no es actuación negligente porque está probado que era y es el modo normal de concertar operaciones de este tipo.

(d) No haberse cerciorado del origen del dinero transferido es también irrelevante ya que si hubiera constado que procedía del Ayuntamiento de Málaga - lo que no figuraba en el documento que B&T recibe del Banco de España - este hecho no hubiera comportado ninguna irregularidad.

4.- El problema que existe, en cambio, es el de averiguar si B&T fue negligente al no comprobar si el beneficiario final de la transferencia (el cliente) era aquel que había anunciado el ingreso, hay que en la documentación que remitió el Banco de España no figuraba quien era el destinatario último del ingreso, lo que supone una actuación negligente por parte del Banco. Pero tal error, considera la Sentencia recurrida, era excusable, pues es razonable pensar que la titularidad del dinero corresponde al cliente que anuncia que va a transferir la cantidad determinada. Tampoco es de extrañar que un cliente pida a su deudor que haga directamente una transferencia a una cuenta de una sociedad de inversión, para no perder días valor. Y así, dice la sentencia, la demandada no debió investigar el origen del dinero, sino en todo caso su destino, y éste podía presumirlo. La conclusión que de todo ello obtiene la sentencia es que no puede deducirse la negligencia de Brokers, ya que todos los detalles examinados son "habituales en este tipo de contratación".

5.- Por el contrario, la Sentencia estima que "la estafa se produce debido a una negligencia del Banco, ya que transfirió 460 millones de pesetas de un cliente habitual sin darse cuenta de que las firmas no eran verdaderas", como se pone de relieve en la denuncia obrante a los folios 675 y 676. La Sala destaca las diferencias entre las órdenes habituales y el formato de la que recibió el Banco, que no fue contrastada telefónicamente a pesar de ser un cliente habitual y tratarse de una cantidad elevada. El Banco incumplió además sus propias en cuanto no hizo constar el concepto por el que se hace la transferencia fuera de plaza.

6.- La Sala estima que no es procedente la condena de la demandada a pagar los intereses de la cantidad de 230 millones que finalmente no se entregó a los estafadores y se devolvió al Ayuntamiento de Málaga, de acuerdo con el *artículo 1771 del Código civil* . Pero dicha cantidad generó unas ganancias y dichas cantidades pertenecen al legal propietario del dinero, es decir, al Ayuntamiento de Málaga, ya que en caso contrario se enriquecería la sociedad de valores, y en la actualidad corresponde cobrarlos al actor. Por ello considera la Sala de instancia que B&T ha de devolver al Banco de Crédito Local los frutos efectivamente producidos por los 23º millones que los estafadores no consiguieron obtener desde el momento de la transferencia por el Banco de Crédito Local hasta su devolución por orden judicial en 31 de julio de 1990.

SEGUNDO.- El Recurso, como se ha dicho, se formula a través de cuatro motivos, todos ellos al amparo del *ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881*. El primero denuncia la infracción del *artículo 1902 del Código civil* "y de la abundante doctrina jurisprudencial que lo interpreta", el segundo trata de razonar la infracción del *artículo 1253 del Código civil*, el tercero argumenta la vulneración del *artículo 1895 del Código civil* y el cuarto la del *artículo 1232 del Código civil* . Al formular la impugnación, la parte recurrida señala, en una suerte de Introducción previa a su examen de los motivos, que se trata de una cuestión de responsabilidad civil, y al analizar el Motivo primero llama la atención sobre lo que califica como incompatibilidad entre los motivos Primero y Tercero, pues se trata de decidir si la cuestión se ha de llevar al terreno de la responsabilidad civil o se ha de enjuiciar como un supuesto de "cobro de lo indebido" y

obviamente no cabe la aplicación promiscua de unas y otras reglas.

Es forzoso, por ello, que la primera cuestión que haya que abordar sea precisamente la que consiste en determinar si estamos ante un daño, del que surge la acción de reparación o indemnización, o ante un cobro de lo indebido que ha generado un enriquecimiento injusto y, por ello, se ha de corregir a través de una condictio, una acción personal de recuperación de lo injustamente obtenido, que sería en este caso la *condictio indebiti*, hipótesis en la que se han de aplicar las reglas restitutorias que se previenen en los *artículos 1896 y sigs. del Código civil*

La Sentencia recurrida descarta que se pueda subsumir el caso bajo las reglas del cobro de lo indebido. La Sentencia de Primera Instancia había subsumido el deber de restitución bajo las reglas del "cobro de lo indebido" (Fundamento Jurídico Quinto), pero, dado que no se había producido enriquecimiento, y que se tiene prueba de la negligencia con que, a su juicio, se ha producido B&T, estima aplicables las reglas de indemnización por daños del *artículo 1902 del Código civil*. La parte recurrente, que había configurado la demanda, hasta el punto de hacerlo explícito en el *petitum*, como una pretensión de restitución de lo indebidamente entregado, añadió como pretensión "alternativa y subsidiaria" la indemnización por daños, y ahora acude, en primer lugar, a justificar esta última, que considera haber sido desconocida por la Sentencia recurrida con infracción del *artículo 1902 CC*. Está de acuerdo la parte recurrida en que nos encontramos ante "una cuestión de responsabilidad civil" que deriva de la comisión (por otros) de un delito.

No hay en el caso, en efecto, un problema de cobro de lo indebido, como acertadamente entiende la Sala de instancia, aunque ciertamente no es fácil separar en nuestro Derecho el tratamiento del Derecho de daños respecto del que podría ser denominado "Derecho de enriquecimiento".

La más autorizada doctrina había señalado que la *condictio indebiti* exige siempre "un aumento patrimonial que tenga su fundamento en un proyecto jurídico-obligatorio", es decir, en una actividad o comportamiento realizado con la finalidad de ejecutar un plan jurídico-obligatorio. El Código civil, por razón del peso de la tradición y del arrastre de concepciones doctrinales que han influido en su redacción, se basa en una concepción estricta, y los preceptos contenidos en los *artículos 1895 y sigs.* exigen, como punto de partida, un acto con función solutoria que además se haya producido con error del solvens. Es cierto que en ocasiones apunta la propia jurisprudencia una concepción más amplia de la *condictio* de prestación, para comprender una idea más laxa de prestación o para aproximar las soluciones que se dan en tema de este cuasicontrato de cobro de lo indebido a los supuestos de pagos indebidos sin error, en cuanto no estén cubiertos por las reglas restitutorias dictadas en materia contractual para las hipótesis de nulidad, anulabilidad, resolución o rescisión, pero se tenga el concepto que se tenga de esta *condictio* de prestación, y de la función del error del solvens (esto es, si constituye elemento esencial de la *condictio*, sin cuya presencia no cabe aplicar el régimen previsto, o si simplemente la modula, para convertirla en una *condictio sine causa*, como parece deducirse de las Sentencias de 30 de septiembre de 1987, de 11 de diciembre de 2000, etc.) el punto de partida se ha de encontrar en una entrega efectuada *solvendi animo* (Sentencias de 12 de abril de 1989, 20 de octubre de 1993, 20 de julio de 1998, etc.) que aquí no se produce, puesto que la transferencia que produce el Banco de Crédito Local a una cuenta de la que es titular B&T no obedece a una relación o un proyecto jurídico-obligatorio entre estas entidades, ni se verifica en función de pago de una prestación. La entrega de cosa o cantidad no debida, y la presencia de error en el solvens son factores que ha destacado la jurisprudencia en muchas decisiones (desde las Sentencias de 20 de mayo de 1911, 5 de mayo de 1931, 4 de marzo de 1936, etc.), en tanto que otras declaraban que puede tratarse de error de hecho o de derecho (Sentencias de 4 de abril de 1903, 7 de julio de 1950, etc.). La Sentencia de 21 de noviembre de 1957, seguida por las de 6 de julio de 1968, 12 de noviembre de 1975, 30 de enero de 1986 y 8 de julio de 1999, señalaba que ha de haber un "pago efectivo hecho con la intención de extinguir la deuda (*animo solvendi*) o, en general, de cumplir un deber jurídico" y, además, la "inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y, por consiguiente, falta de causa en el pago", que puede ser indebido subjetivamente (*ex persona*), cuando existiendo el vínculo relacione a personas distintas de la que da y de la que recibe el pago, u objetivamente (*ex re*), cuando falta la relación de obligaciones entre solvens y accipiens, bien porque jamás ha existido la obligación o porque aún no ha llegado a constituirse o porque, habiendo existido la deuda, ya esté pagada o extinguida; y, finalmente, el error por parte del que hizo el pago. Las Sentencias de 24 de abril de 1976 y 26 de marzo de 1986 remarcaban la necesidad de que se dieran los dos elementos básicos: entrega de cosa o cantidad indebida y error en el solvens. La Sentencia de 25 de noviembre de 1989 insistía en la necesidad de una atribución sin causa producida por error.

Sólo de una manera muy forzada cabría ver en el caso un problema de entrega sin causa (dada la falsedad de la orden emitida supuestamente por el Ayuntamiento de Málaga) que se produce por error del solvens (error que consistiría en la creencia de que la orden del Ayuntamiento es legítima). Pero, aún entonces, no estaríamos ante una entrega con función solutoria, y este dato esencial impide que se puedan

aplicar al caso las reglas de restitución que se contienen en los *artículos 1896 a 1901 del Código civil*.

Hay aquí otro factor a considerar. La entrega inicial, la que da origen a la situación, tiene su causa en la acción organizada y planificada de terceros, que han resultado imposibles de determinar, y se trata de un error, en todo caso, provocado, de una voluntad del solvens que se halla presionada o influida por circunstancias distintas del propio error, en cuyo caso algún sector doctrinal ha defendido en nuestro Derecho la aplicación analógica de los *artículos 1895* y siguientes al deber de restitución, sin perjuicio de las acciones delictuales que pudieran surgir a favor del solvens. Se trata, según ello, de una entrega inducida a través de una acción ilícita, y la recuperación de lo entregado se encontraría en la órbita consecencial del ilícito.

Estas consideraciones han de conducir a la desestimación del motivo tercero, y trasladan la cuestión al examen de si se ha producido, por parte de la Sala, la infracción del *artículo 1902 del Código civil*, aplicando incorrectamente la reglas de indemnización de daños y perjuicios.

TERCERO.- La recurrente denuncia, en el primero de los motivos, la infracción del *artículo 1902 del Código civil* poniendo énfasis en el comportamiento, que estima negligente, de la entidad recurrida B&T, cuya conducta considera que ha influido decisivamente en la causación del daño, hasta el punto de que, dice, aplicando la teoría de la "causalidad adecuada", el daño sería imputable exclusivamente a la entidad ahora recurrida, pues es su falta de diligencia y de responsabilidad lo que permite a los estafadores llevarse el dinero que les fue entregado en metálico, lo que se produce en virtud de una orden verbal, transmitida telefónicamente, sin haberse comprobado previamente que el dinero ingresado en la cuenta desde la que se obtiene les pertenecía.

El planteamiento efectuado envuelve un tratamiento que desborda el tema de la relación de causalidad y entra en el de la imputación objetiva, pues no se trata tan solo de determinar cual de los comportamientos generó el daño o contribuyó de manera más decisiva a causar el daño que consiste en la imposibilidad de recuperar una parte del dinero que fue entregado a B&T y que, por razón de la reposición efectuada a favor del Ayuntamiento de Málaga, soporta en exclusiva el Banco de Crédito Local, ahora recurrente, sino también de decidir a cargo de qué patrimonio hay que poner ese daño, en lo que se ha denominado "causación jurídica" del daño, que es el tema propio de la imputación objetiva. Y más cuando, en definitiva, la causalidad de hecho se produce por intervención de terceros que no han podido ser hallados, quienes, con su actuación, han provocado las entregas y desplazamientos y ahora hacen imposible una recuperación a su costa.

El tema tiene acceso a la casación, pues, como decía la Sentencia de 21 de febrero de 2002, "es jurisprudencia constante de esta Sala que puedan revisarse en casación los juicios de valor sobre la culpa del demandado o demandados y sobre el nexo causal entre acción u omisión y daño, pero no las declaraciones puramente de hecho sobre la naturaleza y circunstancias de la acción u omisión ni la realidad y cuantía del daño causado (STS 31 de enero de 1997, 26 de febrero de 1998 y 4 de junio de 2001)" y la de 29 de marzo de 2005, citando las de 29 de mayo y 12 de junio de 1998 y 7 de junio de 2002, decía que la concurrencia de culpa y la existencia de relación causal entre acción u omisión del agente y resultado son cuestiones jurídicas accesibles a la casación por más que, al enjuiciarlas, se deben respetar los hechos declarados en la instancia, que es donde con plenitud corresponde valorar la prueba sobre ellos.

Las sentencias de instancia son dispares en este punto. La de primera instancia señalaba la negligencia de la entidad ahora recurrida, en tanto que la sentencia recurrida fija la atención en la conducta del Banco recurrente al ejecutar una orden cuyo formato era manifiestamente distinto del que ordinariamente se producía, para la disposición de fondos de un cliente habitual e importante, sin avisar, y después de recibir una extraña comunicación que situaba la correspondencia y las comunicaciones en el domicilio de una empresa, orden que por no ejecutarse no debió de dejar de llamar la atención, a lo que hay que añadir que se remiten los fondos sin indicación del destinatario final. Pero, al descartar la culpa de la entidad demandada, reconoce los datos fácticos sobre los que la sentencia de primera instancia basaba su consideración sobre la culpa de B&T, tales como la falta de comprobación del verdadero destinatario de los fondos transferidos, la entrega en metálico por orden verbal transmitida telefónicamente, etc.

Plantea el recurso, en este punto, un tema de indudable interés: la gestión y el comportamiento de B&T no puede tenerse por ajustada a los cánones de diligencia y de pericia que se han de esperar de un agente profesional en el mercado de capitales y de servicios financieros. La falta de comprobación del verdadero destinatario y del titular de los fondos ingresados en una cuenta que, siendo de provisiones, no deja de estar bajo la titularidad y el control de la sociedad de valores, como se dice en los Informes de la Comisión Nacional de **Mercado de Valores**, de las Bolsas de Barcelona y Madrid, y del Banco de España,

que obran en Autos, por razón de la creencia, que tiene por única base una comunicación telefónica, sobre la inminencia del ingreso y la fijación de su importe, unidos a la orden verbal, por vía telefónica, de entrega en metálico de tan importante cifra (232 millones de pesetas) no parecen seguir los estándares de conducta de un ordenado comerciante ni los de un comportamiento según los usos del tráfico y las reglas de la buena fe, que exigen en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes contractuales los *artículos 2 y 57 del Código de comercio, 7.1 y 1258 del Código civil* (Sentencias de 26 de octubre de 1995, 30 de enero de 2003, 30 de junio y 25 de julio de 2000, 12 de enero de 1998 , etc.)

Pero no debe olvidarse que en el origen de la entrega interviene una conducta del Banco ahora recurrente que tampoco se ajusta a los indicados cánones, y se presenta, en cambio, como desordenada y negligente, en cuanto ni advierte a su cliente de que se están produciendo comunicaciones extrañas, ni repara en el distinto formato de la orden de transferencia, ni comunica de inmediato, dada la importante cifra de fondos a que afecta, lo que está ocurriendo, ni busca una confirmación expresa de la operación.

La Sala, por ello, no comparte el criterio de la sentencia de apelación y entiende, dando a la cuestión un tratamiento en clave de imputación objetiva, que hay culpa concurrente por parte de las dos entidades contendientes en la causación del daño, lo que ha de conducir a una moderación de la responsabilidad, conforme a lo que se ha decidido en otras resoluciones (Sentencias de 22 de abril de 1987, 30 de junio y 19 de diciembre de 1995, 23 de febrero, 19 de julio y 12 de noviembre de 1996, 31 de diciembre de 1997, 16 de febrero, 9 y 30 de julio y 7 de octubre de 1998, 12 de julio de 1999, 26 de junio y 17 de octubre de 2001, 23 de enero y 25 de abril de 2004 , entre otras), pues ambas entidades han contribuido con sus respectivas culpas a la generación del daño, y es justo que quede a cargo de ambas, por mitad, el daño.

Razón por la cual se ha de estimar el primero de los motivos del Recurso, casando y anulando, en este punto, la sentencia recurrida.

CUARTO.- La estimación del motivo primero, y la desestimación del tercero, hacen estéril el examen de los motivos 2º y 4º.

QUINTO.- La estimación de uno de los motivos, formulado al amparo del *ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881* , de acuerdo con lo prevenido en el *artículo 1715.1.3º LEC 1881* determina que la Sala haya de resolver lo que corresponda de acuerdo con los términos en que se haya planteado el debate, imponiendo las costas de las instancias, como previene el *artículo 1715.2 LEC 1881* , con arreglo a las reglas generales, y sin pronunciamiento especial en cuanto a las del Recurso.

SEXTO.- En cuanto a los pedimentos relativos a intereses, ha de tenerse en cuenta que la parte actora solicita 59.603.288 pesetas en concepto de intereses legales devengados en el período comprendido entre el 29 de junio de 1990 y el 21 de diciembre de 1992 (Pedimento 2º del Suplico), más los intereses legales que se devenguen igualmente por el período de tiempo que "dure la sustanciación de este procedimiento y hasta que se haga el total pago ordenado en la misma" (Pedimento 3º). No procede la condena que se solicita en el pedimento 2º respecto de los intereses legales entre el 29 de junio de 1990 y el 21 de diciembre de 1992, pues se trata de intereses moratorios (*artículo 1108 CC*) y no hay, en ese momento, una verdadera situación de mora, por cuanto no se ha determinado o fijado la existencia de una deuda vencida y líquida, efectivamente debida al tiempo de requerimiento para su pago (Sentencias de 16 de enero de 2003, 11 de noviembre de 1999) y para fijar lo debido ha sido preciso un fallo judicial (Sentencias de 24 de mayo de 1994, 7 de abril y 19 de junio de 1995, 7 de noviembre de 2001 , etc.), pero debe incrementarse la indemnización con los intereses generados a lo largo del procedimiento, pues en definitiva la sentencia verifica la liquidación del daño y la fijación del "quantum indemnizatorio" y ha de comprender el período transcurrido desde que se verifica la reclamación que, finalmente, se estima parcialmente en la sentencia. El mismo principio de tutela judicial efectiva (*artículo 24 de la Constitución*) impone que el vencedor consiga el restablecimiento pleno de su derecho, la restitución in integrum, en la cual se comprende, como decía la STC 32/1982 , la compensación por el daño sufrido, por lo que el interés moratorio actúa en función indemnizatoria, y aunque no se trate de conservar el valor nominal del capital (STC 114/92), integra la reparación mediante la atribución al acreedor de la indemnización del lucro cesante, ya que, en definitiva, la indemnización de daños es una obligación de valor, y ese valor no llegaría íntegro al acreedor si no se completara la prestación de capital con los intereses, en cuanto frutos o rendimientos que se entienden haber podido ser obtenidos con el empleo de los capitales (Sentencias de 22 de junio de 1993, 18 de febrero de 1998, 9 de marzo de 1999, 26 de diciembre de 2001, 25 de julio de 2002 , etc.)

En cuanto a la condena que en la sentencia recurrida se pronuncia sobre rendimientos producidos por la cantidad de 230 millones de pesetas desde el día 29 de junio hasta el 31 de julio de 1990, se trata de la cantidad que no fue entregada a los estafadores y permaneció en poder de la entidad demandada hasta

que el Juzgado ordenó la devolución. Esta condena, en puridad, no había sido solicitada por la parte actora pero, concedida, no ha sido impugnada ni recurrida por la parte demandada, aquietada ante el pronunciamiento, que por esta razón ha de ser mantenido.

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

FALLAMOS

HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la Procuradora D^a María Eugenia Fernández-Rico Fernández en nombre y representación de BANCO DE CREDITO LOCAL DE ESPAÑA, S.A. y AYUNTAMIENTO DE MALAGA contra la Sentencia dictada en 20 de diciembre de 1999 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Recurso de apelación nº 1856/97-C, en Autos de Juicio de Mayor Cuantía nº 517/94-3^a del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Barcelona , que casamos y anulamos, dictando en su lugar otra con arreglo a los siguientes pronunciamientos :

1.- Se estima en parte el Recurso de Apelación interpuesto por la representación de "Brokers & Traders Asociados Financieros Sociedad de Valores y Bolsa, S.A." contra la Sentencia dictada en 25 de septiembre de 1997 por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona nº 28 , en Autos del Juicio de Mayor Cuantía nº 517/94-3^a y, con revocación asimismo parcial de la indicada sentencia, hemos de condenar y condenamos a la demandada recurrente a pagar al BANCO DE CREDITO LOCAL DE ESPAÑA, S.A. la cantidad de ciento dieciséis millones de pesetas , cantidad que se verá incrementada con los intereses legales desde la fecha de la demanda hasta su efectivo pago, incrementados en dos puntos desde la fecha de notificación de esta Sentencia, de acuerdo con el *artículo 921 LEC 1881* .

2.- Se condena también a la demandada a pagar al BANCO DE CREDITO LOCAL DE ESPAÑA, S.A. los rendimientos producidos por la cantidad de doscientos treinta millones de pesetas desde el día 29 de junio de 1990 hasta el día 31 de julio de 1990, a determinar en ejecución de sentencia.

3.- Sin imposición de costas en ninguna de las instancias ni en el presente recurso.

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.-Rubircado. 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.