

# LA BIBLIA

REVISTA JURIDICA ESPAÑOLA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFIA

Monterrey, 1. Km 17,200 Ctra. de La Coruña. 28230 Las Rozas (Madrid). Tels.: 634 53 62 - 634 22 00 (28 líneas). Fax: 634 54 41 (Redacción) y 634 54 73 (Atención al Cliente)

EDITOR: Carlos OLIVA-VELEZ REMORINO

DIRECTOR: José Manuel OTERO LASTRES

AÑO XIII. Número 2917

Madrid, miércoles, 15 de enero de 1992

## JURISPRUDENCIA CIVIL

**CUENTA CORRIENTE BANCARIA / Obligaciones del depositario.—Orden de transferencia con simulación de la firma del titular.—Devolución de su importe al cuentacorrentista.—Abono de intereses.**

Acreditados en el caso los siguientes hechos: a) que la firma de la orden de transferencia por la que se dispuso de los fondos del actor había sido calcada, no correspondiendo

a la del único firmante autorizado; b) que todos los empleados en la sucursal bancaria pudieron tener acceso a los dígitos cualificativos de la cuenta de donde se extrajo el dinero; c) que el titular de la cuenta a donde se transfirió la cantidad reclamada no ha sido posible identificarlo; y d) que las numerosas pruebas periciales practicadas no han logrado clarificar la autoría ni la complejidad en los hechos; y dada la obligación de la entidad bancaria demandada de conservar y devolver el dine-

ro depositado, ello lleva a exigir la responsabilidad de tal entidad por los menoscabos daños y perjuicios que el demandante haya sufrido por su negligencia, pues la obligación de conservación y devolución que tanto el CCom. como el CC imponen al depositario tiene carácter casi absoluto, y sólo decenan mediante una causa muy justificada de fuerza mayor o de caso fortuito, no previsible ni evitable, condiciones que no concurren en el caso, por lo que debe confirmarse la sentencia que condena a la recurrente al abono de la cantidad transferida más los intereses.

**12.109.—TS. 1.ª S. 25 Jul. 1991.—Ponente: Sr. Burgos Pérez de Andrade.**

Madrid, 25 Jul. 1991.

Viso por la Sala 1.ª del TS el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apela-

**ORDEN FALSA DE TRANSFERENCIA Y RESPONSABILIDAD DEL BANCO**

Comentario a la STS (Sala 1.ª)  
de 25 de julio de 1991

Por FRANCISCO JOSE ALONSO ESPINOSA  
Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad de Murcia

SUMARIO 1. Supuesto de hecho.—II. Sobre la transferencia bancaria.—III. Influencia de la relación de contabilidad.—IV. Influencia de la relación de depósito bancario de dinero.—V. Influencia de la relación de cuenta corriente bancaria.—VI. Cuenta corriente bancaria y responsabilidad con respecto al Banco.—VII. Sobre la diligencia exigible al Banco en su actuación profesional.—VIII. Aplicación analógica del artículo 156 de la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque?

### I. SUPUESTO DE HECHO

La sentencia arriba transcrita resuelve un proceso civil en materia de depósito bancario de dinero

del que se dispuso a través de orden falsa de transferencia, emitido tras el fracaso de un proceso penal, con base en los mismos hechos, al resultar imposible la identificación de los autores y cómplices del delito. El conflicto de intereses tiene en cuenta bastante simple desde el punto de vista del Derecho privado. Desde el aspecto penal resulta un, quizá no menos simple, crimen de «guante blanco» que, como suele suceder, no se halla previsto de una dosis de maliciosa genialidad. Puede anotarse también que estamos ante una técnica defraudatoria hasta cierto punto habitual (*vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1941, sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988, resumida por F. VICENT CHULLA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo II, 3.ª ed., Barcelona, 1990, págs. 424 y 428, así como la que es objeto de este comentario). El demandante/recurrente abrió una cuenta corriente en una sucursal del Banco demandado/recurrente en la cual se produjo el abono de una transferencia. Tras ello, una parte muy sustanciosa de la cantidad así ingresada fue transferida, mediante orden falsa, a una

cuenta abierta en otro Banco a nombre de un beneficiario inexistente, quien dispuso de ella mediante talones bancarios (cheque propio o cheque de banco al propio cargo), de modo que resultó imposible identificar a tal disponente. El disponente ejerció acción civil contra el Banco depositario y ejecutor de la orden falsa de transferencia en reclamación de la cantidad irregularmente transferida. Dicha acción prospera en ambos instancias y el Tribunal Supremo, igualmente, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Banco depositario.

La sentencia dictada resulta extraordinariamente expeditiva, sin que ello obste su pleno acierto desde el plano de la justicia material. El Tribunal Supremo, en efecto, no se detiene en construir un discurso jurídico destinado a fundamentar el fallo, sino que resuelve, primordialmente, con base en argumentos de hecho y sin excesiva preocupación por esconder una fundada indignación ante la inconsistencia de los motivos de casación alegados por el recurrente, los cuales, en palabras del Tribunal Su-

## Sumario

<b>COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA</b>	
Orden falsa de transferencia y responsabilidad del Banco, por FRANCISCO JOSE ALONSO ESPINOSA.....	1
<b>JURISPRUDENCIA</b>	
CUENTA CORRIENTE BANCARIA (TS). Responsabilidad de entidad bancaria por transferencia elecutada mediante falsificación de la firma del titular.....	1
DESVIACION DE PODER (TS). Imputación de la carga de la prueba de su existencia a quien lo alega. Supuesto de inexistencia	1

en materia de traslado de policía municipal por necesidades del servicio.....	3
ESPECTACULOS PUBLICOS (TS). Inaplicación del Real Decreto-Ley 2/1985 al régimen de horarios de apertura de sus establecimientos.....	5
SEGURIDAD SOCIAL (TS). Efectos del Real Decreto-Ley 3/1987, respecto del cómputo de trienios en la retribución del personal a su servicio.....	6
<b>RESEÑA DE SENTENCIAS</b> .....	7

ción por la Secc. 10.ª de la AP Madrid, como consecuencia de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguido ante el JPI Madrid núm. 11, sobre reclamación de cantidad, cuyo recurso fue interpuesto por Banco I.C., S.A.; en el que son recurrentes D. Diego A. B. y A.

#### Antecedentes

**Primero:** 1.—El Procurador Sr. Dorremocha, en nombre y representación de D. Diego A. B. y de A., formuló demanda de juicio de menor cuantía contra Banco I.C., S.A., que, por reparto, correspondió al JPI Madrid núm. 11, por medio de la cual reclamaba al demandado 14.000.000 en base a los hechos que, en síntesis, son los siguientes: Que D. Diego A. B. dejó abierta cuenta corriente en el Banco I.C., S.A., a nombre de A., anagrama de su otro mandante el día 29 Jun. 1979, que en dicha cuenta se abonaron 15.002.118 ptas., transferidas por E. al Banco y a favor de A.; que en 13 Ago. 1979 el Banco transfirió al Banco U. con cargo a la cuenta de A. 14.500.000 ptas. atendido orden de transferencia no suscrita ni dada por D. Diego A. B., único firmante autorizado de la cuenta, que el beneficiario de la transferencia y supuesto titular de la cuenta corriente en el Banco U. a la que se efectuó, resultaba inexistente pero se había dispuesto del importe transferido mediante talones; que posteriormente concurrió la existencia de dictamen pericial caligráfico emitido por la DG Seguridad concluyendo que la orden de transferencia había sido calçada y que el cuerpo de escritura de los talones contra la cuenta corriente del Banco U. a la que se transfirió el dinero y mediante los que el mismo se retiró se había manuscrito por Mariano C. G. entonces empleado en el Banco, y terminaba suplicando se dictara sentencia condenando al Banco a pagar a los actores la suma de 14.500.000 ptas. y sus intereses al tipo del 10% anual desde el día 30 Jun. 1979 hasta el momento del pago.

2.—Admitida la demanda y emplazado el demandado, compareció en los autos en su representación el Procurador Sr. Pinto Marabotto, quien contestó dicha demanda suplicando se declare no haber lugar a lo solicitado.

3.—Tramitado el procedimiento, el JPI Madrid núm. 11 dictó sentencia con fecha 5 Oct. 1981, que premo, conducen «a la verosímil conclusión de que la finalidad última de estas actuaciones viene precedida por una intención claramente dilatoria». Y es que, realmente, puede afirmarse que el recurrente no merecía el esfuerzo del Tribunal Supremo en fundamentar debidamente su fallo, al resultar notorio el abuso que comete del derecho a obtener una tutela judicial, instrumentalizando el proceso para retrasar al máximo el pago de la cantidad debida y, desde luego, obtener de la misma unos rendimientos superiores a la cuantía de los intereses que, calculados al tipo legal, habrá de abonar al demandante. Me permito opinar que, ante supuestos tan flagrantés, el Derecho debería procurar a los magistrados instrumentos sancionadores más contundentes que la mera condena en costas y la pérdida del depósito constituido.

#### II. SOBRE LA TRANSFERENCIA BANCARIA

La transferencia es una operación bancaria muy simple desde un punto de vista contable pero compleja desde el punto de vista jurídico *vid.* J.L. RIVES-LANGEM, CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 5.ª ed., París, 1990, págs. 356 y ss.). Operación compleja dados sus efectos entre las partes que intervienen en su desarrollo y, también, en función de la pluralidad de relaciones jurídicas que pueden confluir en torno a la orden de transferencia *vid.* J. GARRIGUES, *Contrats bancaires*, 2.ª ed., Madrid, 1975, págs. 552 y ss.; J. GIRON TENA, «Contribución al estudio de la transferencia bancaria», en *Estudios de Derecho mercantil*, Madrid, 1955, págs. 415 y ss.; M. CABRILLAC, *Le chèque et le virement*, 5.ª ed., París, 1980, págs. 213 y ss.). Por lo que se refiere especialmente al último de ambos aspectos —la orden de transferencia y su ejecución—, pueden detectarse, al menos, tres relaciones jurídicas eventualmente influyentes en la solución del supuesto de

contenía el siguiente *Fallo*: «Que estimando la demanda formulada por el Procurador Sr. Dorremocha en nombre y representación de D. Diego A. B. y A., frente al Banco I. C., S.A., representado por el Procurador Sr. Pinto, debo condenar y condeno a dicho Banco a que, firme esta sentencia, pague a los actores la suma de 14.500.000 ptas., más los intereses correspondientes que se establezcan en ejecución de sentencia, todo ello sin hacer expresa declaración sobre las costas de estos autos».

**Segundo:** Apelada la anterior resolución por la representación del Banco I.C., S.A. y tramitado el recurso con arreglo a Derecho, la Secc. 10.ª de la AP Madrid dictó S.7 Jun. 1989 que contenía la siguiente parte dispositiva: *Fallamos*: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Pinto Marabotto, en nombre y representación de la Sociedad demandada «Banco I.C., S.A.» y confirmamos en lo fundamente la sentencia impugnada, que dictó, con fecha 5 Oct. 1981, el Sr. Magistrado-Jefe del JPI Madrid núm. 11, en autos de juicio declarativo de mayor cuantía núm. 1308/1980, sobre reclamación de cantidad, modificándola únicamente en el sentido de imponer las costas de la primera instancia a la parte apelada, acogiendo así el recurso interpuesto, por vía de adhesión a la apelación, por el Procurador Sr. Dorremocha Aramburu, en nombre y representación de los demandados D. Diego A. B. y «A.». Que imponemos a la parte apelante las costas de la segunda instancia.

**Tercero:** 1.—Notificada la sentencia las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Banco I.C., S.A., con apoyo en los siguientes motivos: Primero.—Inadmitido por A 18 Ene. 1990 de esta Sala. Segundo.—Infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico que fueron aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del art. 1692.5 LEC. Infracción por no aplicación del art. 307, en relación con el art. 306 CCCom. y de los arts. 1766 y 1105 CC.

2.—Convocadas las partes, se celebró la vista preceptiva el día 17 de los corrientes, con asistencia e intervención de los Letrados D. Carlos Sánchez Baña, defensor del recurrente, y D. Luis Pérez del Molino Gómez, defensor de los recurridos, quienes informaron, por su orden, en defensa de sus respectivas pretensiones.

hecho planteado por la sentencia que comentamos: a) un contrato de comisión mercantil representado por la propia orden de transferencia en el que el Banco actúa como comisionista de su cliente (J. GIRON TENA, «Contribución al estudio de la transferencia bancaria», cit., págs. 432-433 y 436; M. CABRILLAC, *Le chèque et le virement*, cit., pág. 201); b) un contrato de depósito irregular de dinero en el que el Banco es depositario y el cliente depositante y que supone la provisión de fondos en virtud de la cual el Banco ha de cumplir la comisión contratada —la orden de transferencia— con su cliente (Gfr. art. 250 del Código de Comercio; *vid.* M. CABRILLAC, *Le chèque...*, cit., pág. 201 y los allí citados; J. L. RIVES-LANGEM/CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, cit., págs. 365-367); y c) un contrato de cuenta corriente bancaria o, al menos, de cuenta de depósito bancaria, en virtud del cual el Banco prestará al cliente/ordenante el llamado servicio de caja. Como se acaba de afirmar, las tres relaciones pueden influir en la solución al conflicto de intereses planteado por la sentencia. Veamos en qué concreta medida.

#### III. INFLUENCIA DE LA RELACION DE COMISION

La relación de comisión Banco/ordenante no parece la más adecuada ante casos como el presente para lograr una adecuada defensa de los intereses del cliente. Básicamente porque no ha existido tal relación, ya que la orden de transferencia ejecutada por el Banco no fue expedida por su cliente, sino por un tercero desconocido. Así, el Banco sólo quedaría obligado a indemnizar al cliente los daños y perjuicios sufridos por éste, pero graduados en atención a las circunstancias del caso, lo cual haría surgir en un plano particular el carácter de falsedad o de falsificación de la orden de transferencia (cfr. arts. 254, 255

Ha sido Ponente el Magistrado Sr. Burgos Pérez de Andrade.

#### Fundamentos de Derecho

**Primero:** Inadmitido en el trámite el primer motivo del recurso, al referirse a la valoración aislada de un dictamen pericial, sólo resta como apoyo del mismo, el formulado en segundo lugar, referido a la supuesta imPLICACIÓN de los arts. 306 y 307 CCCom., relacionados con sus congéneres 1766 y 1105 CC. La simple lectura de los antecedentes fácticos de la litis conduce a la verosímil conclusión de que la finalidad última de estas actuaciones viene precedida por una intención claramente dilatoria. El problema tiene sus inicios en el año 1979, cuando D. Diego A. B. deja abierta una cuenta corriente en el «Banco I.C., S.A.», a nombre de la entidad extranjera que responde a las siglas A., cuenta en la que se ingresan 15.000.000 ptas. y se conviene con el Director de la Sucursal unos intereses elevados, bajo la promesa de no disponer de tal cantidad en un plazo de 3 meses, necesario para obtener de la administración autorización para su transferencia a la ciudad de Barriam. Con fecha 13 de agosto del mismo año, estando ausente el Director de la Sucursal, el Banco recibe una orden de transferencia a través del buzón nocturno, en la que, con la correcta constancia de los dígitos que identifican la cuenta, y con una firma parecida a la de D. Diego A. B., se ordena el traspaso de 14.500.000 ptas. a una cuenta corriente existente en el Banco U. Esta cuenta resultó estar abierta a nombre de una persona desconocida, que en los siguientes días 14, 16 y 18 del referido mes de agosto, dispuso de la suma transferida, mediante la expedición de talones. Las investigaciones realizadas en la vía penal deján demostrado: A) que la firma de la orden de transferencia había sido calçada, B) que todos los empleados en la sucursal bancaria pudieron tener acceso a los dígitos cualificativos de la cuenta de donde se extrajo el dinero; C) que el titular de la cuenta abierta en el Banco U. no ha sido posible identificarlo; y D) que las numerosas pruebas periciales practicadas no han logrado clarificar la autoría, ni la complejidad en estos hechos.

**Segundo:** Frente a esta base fáctica, aceptada y no combatida por los litigantes, la parte recurrente apoya el motivo del recurso que estudiamos en una pretensión exculpación, alegando haber tomado todas las medidas aconsejables y afirmando: «que la seguridad del tráfico mercantil, en especial en el ámbito

y 256 del Código de Comercio y 1726 del Código Civil; *vid.* M. CABRILLAC, *Le chèque...*, cit., pág. 226) que, con carácter general, resultaría de discutible eficacia en favor del cliente.

#### IV. INFLUENCIA DE LA RELACION DE DEPOSITO BANCARIO DE DINERO

La relación de depósito, en cambio, como instrumental o presupuesto de la orden de transferencia, parece más efectiva para el cliente que la anterior *actio mandati*, ante casos como el de la presente sentencia. En base al depósito el Banco está obligado «a conservar la cosa objeto del depósito según la rebca y a devolverla con sus aumentos, si los tuviere, cuando el depositante se la pida» (art. 306 del Código de Comercio); obligación plenamente trasladable a los depósitos de dinero: sin especificación de monedas (art. 307 *in fine* del Código de Comercio). Nótese que la acción basada en dicha obligación básica del depositario parece ser la ejercitada por el cliente en el supuesto de la presente sentencia. En efecto, según puede derivarse de su texto, el demandante no ejercitó contra el Banco una acción de responsabilidad contractual por incumplimiento, sino que entabló una acción en reclamación de cantidad dirigida a solicitar al depositario, el cumplimiento de su obligación de devolver el numerario depositado en su cuenta corriente. El Tribunal Supremo, por su parte, acepta plenamente el fundamento relativo a la obligación del depositario de devolver el objeto del depósito abundando en que «la obligación de conservación y devolución que, tanto el Código Mercantil como el Civil imponen al depositario, tiene carácter casi absoluto, y sólo decae mediante una causa muy justificada de fuerza mayor o de caso fortuito, no previsible ni evitable» y, en función de ello, rechaza el recurso de casación interpuesto en el Banco/de-

## CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

### DESVIACION DE PODER / Carga de la prueba de su existencia.—Indefensión.—Motivación de las resoluciones administrativas.—Traslado de miembros de la Policía Municipal.—Fundado en necesidades del servicio.

1.—Resulta imprescindible que quien alega que un órgano administrativo se apartó del cauce jurídico, ético o moral que está obligado a seguir, deba demostrar la intencionalidad torcida o desviada del mismo, no siendo suficiente oponer a la presunción de legalidad del acto administrativo unas conjeturas o sospechas, y aunque es cierto que si se quiere evitar caer en la indefensión que el administrador alega y en la quebra de su derecho fundamental a la efectiva tutela jurídica que consagra el art. 24.1 CE, no puede exigirse una prueba plena, que dada la intrínseca naturaleza de la desviación de poder le sería imposible realizar, si, al menos, había de proporcionar una prueba suficiente para crear en el Tribunal una razonable convicción de que aun, cuando la Administración se haya acomodado externamente en su actuación a la legalidad formal, sin embargo el fin perseguido por los actos impugnados se aparta del interés público (Cfr. TS 31 Mar. 1987).

3.—No es revelador de la inexistencia de necesidades del servicio, que apoyaría la alegada desviación de poder en el traslado de los policías municipales demandantes, el hecho de que casi en simultaneidad temporal con la orden de traslado, se convocase un concurso para proveer 10 puestos de la unidad desde la que habían sido movilizadas los funcionarios, pues es lógico que, si por entender que unos ciertos funcionarios carecen de las cualidades precisas y se les traslada de servicio, se suscite de inmediato la necesidad de su sustitución.

12.110.—TS 3.ª Sec. 7.ª S 19 Sep. 1991.—Ponente: Sr. Conde Martín de Hijas.

Madrid, 19 Sep. 1991.

Visio por la Sala 3.ª del TS el recurso de apelación que con el núm. 1975/1989, ante la misma, parte de de resolución, interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza, contra S 27 Jun. 1989, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la extinta AT Zaragoza, sobre traslado. Habiendo sido parte apelada D. Marrano G. P. y otros, que no comparece en esta instancia, pese a haber sido emplazados en legal forma.

bancario, no es compatible con que en cada sucesral exista un Perito Caligrato para que informe de la autenticidad de las firmas cursadas», curiosa justificación que si pudiera ser extendida a las cajas de seguridad, a los sistemas de alarma, a los cristales blindados, o a los vigilantes privados, conduciría a la conclusión de que el dinero depositado por los ciudadanos en las oficinas bancarias está a la disposición del primero que pretenda su apropiación, sin responsabilidad alguna para el depositario. Los preceptos legales que se denuncian en el recurso como inaplicados han sido tenidos en cuenta real y efectivamente, hasta conducir su mandato a la condena del recurrente, que, según lo allí dispuesto, estaba obligado a conservar y devolver el dinero depositado, respondiendo de los menoscabos, daños y perjuicios que éste haya sufrido por su negligencia, valoración negativa de la conducta del Banco recurrente que extensamente se describe en los cuatro apartados que recoge el fundamento de Derecho cuarto de la sentencia recurrida, y que aquí se dan por reproducidos. La obligación de conservación y devolución, que tanto el CCCom. como el CC imponen al depositario, tiene carácter casi absoluto, y sólo decae mediante una causa muy justificada de fuerza mayor o de caso fortuito, no previsible ni evitable; condiciones que notoriamente no concurren en el caso de autos.

El razonamiento expuesto obliga a rechazar el motivo esgrimido, desestimando el recurso en su pretensión de anular la S 7 Jun. 1989, dictada por la Audiencia, resolución que se mantiene en su integridad, con la expresa cita del art. 921 LEC respecto a la elección de la misma, y con la condena en las costas de este recurso a la parte recurrente, así como la pérdida del depósito constituido.

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Banco I.C. S.A. contra la S 7 Jun. 1989 dictada por la Secc. 10.ª de la AP Madrid, en las actuaciones de que se trata. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso y a la pérdida del depósito constituido.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Sr. **Lo Burgo Pérez de Andrade**.—Sr. **Morales Morales**.—Sr. **González Poveda**.—Sr. **Almagro Noste**.—Sr. **Casares Córdoba**.

### V. INFLUENCIA DE LA RELACION DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA

Finalmente, hemos afirmado que en la operación de transferencia concurre, junto a las anteriores relaciones jurídicas, un contrato de cuenta corriente bancaria. Tal contrato se halla coligado a la comisión que supone la orden de transferencia, mientras que el depósito puede no existir si la provisión de fondos es sustituida por una apertura de crédito. Con base en la cuenta corriente bancaria (o, en su caso, de una cuenta de depósito, caracterizada, fundamentalmente, porque el Banco no cuenta con la garantía de la compensación derivada de la cuenta corriente, al tratarse de una mera técnica de abonos y adeudos respecto de la cuantía de los depósitos inicial y sucesivos, *vid.* J. L. RIVES-LANGE/M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, cit., págs. 230-231), el cliente hubiera podido ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad contractual contra el Banco, como en segunda se verá.

En virtud del contrato de cuenta corriente bancaria, el Banco se obliga, entre otras cosas, a prestar al cliente el llamado servicio de caja, entendido como «realización de cobros de terceros y de pagos a terceros, por cuenta del cliente, que es titular activo de los créditos que se cobran y sujeto pasivo de las deudas que se pagan» (J. L. GARCÍA-PIÑA Y LASTRES, *El contrato bancario de descuento*, Madrid, 1990, pág. 803, así como los diferentes trabajos de este autor sobre la cuenta corriente bancaria aparecidos en *RDBB*, 1984, págs. 165 y ss.; *RDBB*, 1985, págs. 413 y ss. y *RDBB*, 1989, págs. 849 y ss.). Nota básica, entre otras, del contrato de cuenta corriente bancaria es su carácter normativo (J. GARRIGUES, cit. por J. L. GARCÍA-PIÑA, «Contrato de descuento y cuenta corriente bancaria», *RDBB*, 1984, pág. 179; S. MOLL DE MIGUEL, *El contra-*

to de cuenta corriente. Una concepción unitaria de sus diferentes tipos. Bilbao, 1977, págs. 213 y ss.; J. L. GARCÍA-PIÑA Y LASTRES, *El contrato bancario de descuento*, cit., pág. 774; F. VICENT, *Compendio...*, II, cit., pág. 421). A través de él las partes disciplinan preventivamente algunos aspectos de los eventuales y futuros contratos que lleguen a concluir. Pues bien, uno de los deberes básicos del Banco derivados del contrato de cuenta corriente es el deber de verificar la autenticidad de las órdenes de pago remitidas contra los fondos depositados en la cuenta, con independencia de si tales órdenes se producen a través de cheques, domiciliaciones, pagafés, transferencias, etc., y, desde este punto de vista, el Banco resulta responsable contractualmente por incumplimiento de dicha obligación de verificación.

### VI. CUENTA CORRIENTE BANCARIA Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL BANCO

Es importante destacar el carácter contractual de la responsabilidad del Banco en función de los distintos plazos de prescripción de las diferentes acciones. Estos difieren considerablemente ante la calificación de la responsabilidad del Banco como contractual o como extracontractual. Mientras las primeras acciones se ajustan al plazo de prescripción general de quince años propio de las acciones personales (art. 1964 del Código Civil), las acciones en materia de responsabilidad civil extracontractual prescriben por el transcurso de un año desde que lo supo el agraviado (art. 1968.2 del Código Civil). Pues bien, si entendemos que la ejecución de una orden de transferencia falsa es un supuesto de responsabilidad extracontractual con base en la inexistencia de vínculo contractual entre Banco y perjudicado (no hay contrato de comisión, pues la orden de transferencia

es falsa), el plazo de prescripción de la acción sería de un año, mientras que si acudimos al contrato de cuenta corriente que liga al Banco con su cliente tendríamos que, en virtud del mismo y en lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones relativas al «servicio de caja», el Banco habrá incumplido el menor contractual de sus obligaciones derivadas de la cuenta al no aplicar la diligencia debida en la obligación de verificación de la autenticidad de la firma de su cliente, medido a través del cual el Banco debe asegurarse si, efectivamente, la orden de transferencia proviene de su cliente. Se trata, pues, de una concreta aplicación del predicho carácter normativo del contrato de cuenta corriente en virtud del cual las partes quedan obligadas a cumplir una determinada conducta que produce ciertos efectos específicos sobre los créditos y relaciones jurídicas objeto de anotación.

Por otra parte, además de tratarse de un supuesto de responsabilidad contractual, se trata de un caso sujeto al sistema de responsabilidad por riesgo profesional, esto es, cuando se producen daños al cliente y el Banco no puede demostrar su actuación con total y absoluta diligencia o la culpa exclusiva del cliente en la producción del daño (supuesto en el cual, recuérdese, el art. 156 de la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque, imputa la responsabilidad al Banco ante el pago del cheque falso o falsificado, *vid.* G. BATLLE SALÉS, *Pago del cheque falso: responsabilidad del banco*, Madrid, 1991, págs. 18-19). Ello se traduce, en la praxis, en una imputación de la responsabilidad al Banco respecto de los daños producidos al cliente a consecuencia del desarrollo de actividades bancarias sin culpa de ninguna de las partes (tendencia seguida por la doctrina y jurisprudencia alemana, donde, además, se estableció la nulidad de posibles cláusulas de exoneración de responsabilidad en favor del Banco) *vid.* C. W. CANNARIS, *Grosskomm. HGB*, 3. Aufl., Bd. III/3 [Bankvertra-

Siendo Ponente el Magistrado Sr. Conde Martín de Hijas.

### Fundamentos de Derecho

*Primerº.* El Ayuntamiento de Zaragoza apela la S 27 Jun. 1989 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Aragón, que estimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la representación de 7 policías municipales de dicho Ayuntamiento contra el acuerdo del traslado de los mismos desde su anterior unidad—la U.V.E., Unidad de Vigilancia Especial—a la Unidad de apoyo motorizado del propio Ayuntamiento, con base en las necesidades del servicio, cuyo acuerdo producía una disminución de los haberes efectivos de los recurrentes.

El centro del debate consistía en si dicho cambio constituía un legítimo ejercicio de las potestades organizatorias, —tesis del Ayuntamiento—, o si se trataba de una sanción encubierta, y una decisión carente de justificación objetiva, constituyendo el traslado una desviación de poder —tesis de los recurrentes en primera instancia—.

La sentencia apelada, tras dejar proclamada en línea de principio la existencia de la autonomía municipal y su potestad de organización, la facultad de los órganos locales competentes para la adscripción de los funcionarios a unos u otros puestos, y de diferenciar el derecho de inamovilidad y el derecho al cargo del simple cambio de puesto de trabajo, entra a examinar las circunstancias concurrentes en el traslado impugnado, a la luz de los informes obrantes en autos (fundamentos de derecho 4.º y 5.º), concluyendo en la existencia de una desviación de poder (fundamentos 6.º y 7.º), sobre la base de cuyo vicio estima el recurso y anula las resoluciones recurridas.

El argumento esencial de la sentencia apelada se contiene en el fundamento de derecho 6.º, en el que se dice textualmente, como respuesta a la justificación de los traslados expuesta en un informe del Inspector Jefe de 24 Abr. 1989, evacuado en fase procesal de prueba:

«Es decir, ante supuestas apatías e incluso informes fallos de veracidad (según expone el Inspector Jefe de los mandos intermedios), opta por el cambio *rech!*, Berlín-New York, 1981, pág. 186; la misma orientación en el sistema francés, J. L. RIVES-LANGE / M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, cit., pág. 205). Dicha tendencia, de creación jurisprudencial en nuestro sistema, tiende a proteger al usuario profano de servicios bancarios ante el Banco, exigiendo a éste un grado óptimo de diligencia en sus actuaciones (sobre el concepto de diligencia en sus actuaciones (sobre el concepto de *sabiduría contractual*, Madrid, 1987, págs. 121 y ss.). De este modo, la jurisprudencia puede apoyarse en faltas leves para imputar la responsabilidad al Banco por los daños sufridos por el cliente (J. L. RIVES-LANGE / M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, cit., pág. 205) obligándole a demostrar no simplemente la culpabilidad del cliente, sino la total y absoluta ausencia de negligencia en su actuación como Banco. Todo ello se traduce en una figura de responsabilidad muy cercana a la responsabilidad objetiva.

### VII. SOBRE LA DILIGENCIA EXIGIBLE AL BANCO EN SU ACTUACION PROFESIONAL

Fundamentalmente, como antes se ha aludido, la extensión al Banco de la responsabilidad por *riesgo profesional* se basa en el nivel mayor de diligencia exigible a éste en su actuación profesional en general y, en particular, respecto a la comprobación de la autenticidad de las órdenes de pago contra los fondos depositados en la cuenta. La sentencia que se comenta no es ajena a esta tendencia. Ante la afirmación del Banco recurrente, en el intento de salvar su responsabilidad, en el sentido de «que la seguridad del tráfico mercantil (...) no es compatible con que en cada sucursal exista un perito calígrafo para que informe de la autenticidad de las firmas cursadas», interesa destacar el contrargumento

sin motivación, alegando necesidades del servicio. Pudo y puede el órgano competente depurar las infracciones que aquellas conductas, de constatare ciertas, impliquen (el Ordenamiento Jurídico brinda los adecuados medios), pero lo que no es posible —ilícitamente— acudir, de facto, a la sanción, tratándolo de ampararlo en un cambio por necesidades del servicio (no es necesario recordar el principio constitucional que ampara de la indefensión, ni acudir a otras citas del propio texto supralegal)».

*Segundo.* El Ayuntamiento apelante centra correctamente y en exclusiva la impugnación de la sentencia apelada en el tema de la desviación de poder, único de posible acceso a la apelación, al consistir el objeto de este recurso contencioso-administrativo en una cuestión de personal genéricamente excluida de la apelación, según el art. 94.1 a) LLECA, y sólo accesible a aquella en el estrecho margen del párr. 2 a) del mismo artículo.

El apelante parte de su libertad de organización y de adscripción de funcionarios a unos u otros puestos, razonando, con base en los informes del Inspector Jefe (evacuados tanto en el expediente administrativo como en la prueba de la primera instancia) que el traslado de los funcionarios se efectuó «por necesidades del servicio, pues éste exige unas dotes que con la experiencia ha quedado demostrado que ellos no poseían»; que los puestos en los que estaban destinados originamente los trasladados exigen unas dotes especiales, superiores a las exigibles en otros puestos; que es imprescindible la existencia del Jefe en la «forma de adecuar cada persona en el lugar más adecuado, norma elemental en toda función de organización y, en consecuencia, responsabilidad de control de resultados»; y que los trasladados habían perdido las cualidades precisas para sus anteriores puestos, según informes de los mandos intermedios al Inspector Jefe.

Tras esa exposición del sentido y justificación de los traslados, pasa a impugnar en concreto el fundamento 6.º de la sentencia apelada, (que antes ya quedó transcrito), sosteniendo que «este juicio de la Sala *a quo* es apropiado para pronunciarse respecto de funcionarios burocráticos, pero no, dicho sea con el debido respeto y consideración, para decidir respecto de funcionarios destinados a una unidad de alta selección», aduciendo que «el error de la sentencia apelada consiste en haber deducido del destino de los 7 demandantes a una unidad normal, la de Apoyo

del Tribunal Supremo, no exento de ironía, que respalde lo siguiente: «Curiosa justificación que si pudiera ser extendida a las cajas de seguridad, a los sistemas de alarma, a los cristales blindados, o a los vigilantes privados, conduciría a la conclusión de que el dinero depositado por los ciudadanos en las oficinas bancarias está a la disposición del primero que pretenda su apropiación, sin responsabilidad alguna para el depositario». Anótese que el Tribunal Supremo siguió la misma línea en la anterior y muy interesante sentencia —con voto particular de dos magistrados— de 15 de julio de 1988 (LA LEY, 1988-4, 302), cuyo supuesto de hecho fue muy similar al de la sentencia objeto de este comentario. En esta última sentencia, el Tribunal Supremo determinó que «la diligencia exigible, en este caso, no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como Banco, *comerciante experto* que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se le exige un *cuidado especial* en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su justo lucro en tales cometidos».

### VIII. APLICACION ANALOGICA DEL ARTICULO 156 DE LA LEY 19/1985, CAMBIARIA Y DEL CHEQUE?

Interesa, para terminar, una breve reflexión sobre este tema. ¿Procedería la imputación del daño al Banco incluso cuando éste pudiere demostrar la aplicación de la diligencia que le es exigible en la comprobación de la autenticidad de la firma, resultando ésta falsa? Aunque no faltan opiniones foráneas favorables (vid. en M. CABRILLAC, *Le chèque...*, cit., pág. 225), parece que procede la siguiente distinción. El art. 156 de la Ley Cambiaria y del Che-

que hace responsable al Banco del daño sufrido por el cliente a consecuencia del pago de un cheque falso o falsificado. Desde el punto de vista del cheque *falso*, esto es, aquel en el que se ha contrahecido o fingido la firma del librador (cfr. art. 303.1 del Código Penal; vid. G. BATTLE, *Pago del cheque falso...*, cit., pág. 13), cabe observar que la aplicación de la responsabilidad contractual por riesgo conduce prácticamente al mismo resultado: es el Banco quien debe probar su total y absoluta diligencia *profesional* en la comprobación de la autenticidad de la firma y la culpa exclusiva del cliente. A falta de tal prueba, el daño habrá de ser imputado al Banco.

*Tercero.* Centrados los términos de la apelación, debe recordarse la constante jurisprudencia de este Tribunal, de la que es exponente la S 31 mar. 1987, según la cual «resulta imprescindible que quien alega que un órgano jurídico se apartó del cauce jurídico, ético o moral que está obligado a seguir deba demostrar la intencionalidad torcida o desviada del mismo, no siendo suficiente oponer a la presunción dicha (se refiere a la legalidad del acto administrativo) meras conjeturas o sospechas, y aunque es cierto que si no queremos caer en la indefensión del administrado que la alega y en la quebra de su derecho fundamental a la efectiva tutela jurídica que consagra el art. 24.1 CE, no puede exigirse una prueba plena, que dada la intrínseca naturaleza de la desviación de poder le sería imposible realizar, si, al menos, habrá de proporcionar una prueba suficiente para crear en el Tribunal una razonable convicción de que aun cuando la Administración se haya acomodado externamente en su actuación a la legalidad formal, sin embargo, el fin perseguido por los actos impugnados se aparta del interés público», doctrina que se reitera, entre otras muchas, en la S. 1 Feb. 1990 de esta Sala, que además, y aparte de ello, proclama la doctrina de que «la desviación de poder es, por tanto, un vicio jurídico que no puede inferirse sin más de la mera violación de la normativa que disciplina el ejercicio de las potestades administrativas, que podrá generar la anulación del acto residenciado, pero cuyo control escapa a los límites de un juicio de apelación reducido como es éste».

*Cuarto.* En el caso actual el supuesto fin desviado, según la sentencia apelada, es el de sancionar a los funcionarios trasladados sin seguir el procedimiento disciplinario preceptivo.

Ahora bien, la inexcusable prueba de ese fin la extrae la sentencia de un serie de elementos, que, a criterio de esta Sala, no tienen entidad suficiente para deducir de los mismos esa finalidad encubierta.

La aducida falta de motivación del acuerdo de traslados, adoplado en su origen por el Inspector Jefe de la policía local, no es rigurosamente exacta (pese a la interpretación que se diera al respecto en sucesivos autos) y, en consecuencia, no puede considerarse que hace responsable al Banco del daño sufrido por el cliente a consecuencia del pago de un cheque falso o falsificado. Desde el punto de vista del cheque *falso*, esto es, aquel en el que se ha contrahecido o fingido la firma del librador (cfr. art. 303.1 del Código Penal; vid. G. BATTLE, *Pago del cheque falso...*, cit., pág. 13), cabe observar que la aplicación de la responsabilidad contractual por riesgo conduce prácticamente al mismo resultado: es el Banco quien debe probar su total y absoluta diligencia *profesional* en la comprobación de la autenticidad de la firma y la culpa exclusiva del cliente. A falta de tal prueba, el daño habrá de ser imputado al Banco.

En cambio, si se tratase de una orden de transferencia *falsificada*, la cuestión no podría conducirse a través del art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque. El formalismo propio del cheque (art. 106-107 de la Ley Cambiaria y del Cheque) impide una posible analogía con la orden de transferencia *falsificada* (que se da cuando el contenido de las declaraciones ha sido alterado «haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su contenido», art. 303.6 del Código Penal). En efecto, la ausencia de formalismo en esta determina un mayor riesgo de *falsificación* que en el cheque, respecto del cual el Banco librado, normalmente, adopta precauciones facilitando formularios especiales, determinadas claves insertas en los modelos del cheque, etcétera. Por ello, ante la orden de transferencia falsificada, la situación del cliente ante el Banco/comisionista es más débil, ya que el Banco puede invocar aquellas normas del contrato de comisión que podrían jugar a su favor (v. gr., el art. 254 del Código de Comercio), además de que la valoración de la diligencia aplicada por el Banco habrá de practicarse según las circunstancias de la falsificación (grado de perfección, instrucciones anteriores del cliente, etcétera) (vid. F. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 120 y ss.).