

Id Cendoj: 28079110012010100016
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 2116/2005
 Nº de Resolución: 16/2010
 Procedimiento: Casación
 Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DESCUENTO BANCARIO. FALTA DE DEVOLUCIÓN POR EL BANCO DE LOS DOCUMENTOS ENTREGADOS. INEXISTENCIA DE PERJUICIO AL TRATARSE DE SIMPLES RECIBOS SIN VALOR PROBATORIO. RETRASO DESLEAL EN EL EJERCICIO DEL DERECHO.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Enero de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 938/03, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de **Tretzi, S.A.**, representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don José Granda Molero; siendo parte recurrida **Banco Español de Crédito, S.A.**, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de Tretzi, S.A. contra Banco Español de Crédito, S.A.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se "... dicte Sentencia estimando íntegramente la demanda, condenando al demandado: a) Identificar los efectos mercantiles que, según sus notas de adeudo, fueron impagados a sus respectivos vencimientos y a justificar el impago de los mismos, mediante la exhibición de todos los efectos en cuestión.- b) Que se entreguen a "Tretzi, S.A." los efectos mercantiles correspondientes a las dos remesas de impagados, adeudadas en la cuenta bancaria número 45051271 a nombre de "Tretzi, S.A.", en fechas 21 de septiembre de 1989 y 29 de mayo de 1990.- c) Subsidiariamente, para el caso de que el "Banco Español de Crédito, S.A." no entregara los referidos efectos mercantiles, se le condene a que abone a "Tretzi, S.A." el importe de dichas remesas, es decir, la suma de TREINTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTAS QUINCE MIL CIENTO CATORCE PESETAS (39.315.114^l- pesetas), más los intereses legales correspondientes desde la presentación de esta demanda y subsidiariamente, desde la fecha de la Sentencia que haya de resultar ejecutoria.- En cualquier caso, a las costas del presente pleito por ser así preceptivo".

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de Banco Español de Crédito, S.A. contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, "... se dicte Sentencia en la que se desestimen íntegramente las pretensiones de la parte actora, con expresa condena en costas por su notoria temeridad y mala fe."

3.- Recibido el pleito a prueba se admitió la considerada pertinente practicándose con el contenido que aparece en las respectivas piezas separadas, quedando los autos vistos para sentencia.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 28 de mayo de 2004, cuya parte

dispositiva es como sigue: "FALLO: Que debo desestimar como desestimo la demanda formulada por la Procuradora Sra. TERESA PRAT VENTURA, en nombre y representación de TRETZI. S.A., absolviendo al demandado BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, S.A., de sus pretensiones, con imposición de costas."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación Tretzi, S.A., y sustanciada la alzada, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 27 de junio de 2005 , cuyo Fallo es como sigue: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de TRETZI, SA frente a la sentencia dictada en el juicio ordinario nº 938/03 seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Sabadell , debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha sentencia, con imposición al apelante de las costas de este recurso".

TERCERO.- El Procurador don Jordi Bassedas Ballus, en nombre y representación de **Tretzi S.A.**, formalizó recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, al amparo de lo dispuesto en el artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , fundado en los siguientes motivos: 1) Vulneración del artículo 1258 del Código Civil ; 2) Vulneración del artículo 308 del Código de Comercio ; 3) Infracción del artículo 1258 del Código Civil ; 4) Nuevamente por infracción de lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil ; 5) Infracción del artículo 306 del Código de Comercio ; 6) Infracción del artículo 1766 del Código Civil ; y 7) Vulneración del artículo 1101 del Código Civil .

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 24 de junio de 2008 por el que se acordó la admisión de dicho recurso, así como que se diera traslado del mismo a la parte recurrida, Banco Español de Crédito S.A., que se opuso a su estimación por escrito bajo representación del Procurador don Carlos Ibáñez de la Cadiniere.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 19 de enero de 2010, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora Tretzi S.A. interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Español de Crédito S.A. interesando que se dictara sentencia por la cual se condenara a la entidad demandada a identificar concretamente los efectos mercantiles que, conforme a sus notas de adeudo, fueron impagados a sus respectivos vencimientos y a justificar el impago de los mismos mediante la exhibición de todos los referidos efectos y la restitución de los correspondientes a dos remesas adeudadas en la cuenta bancaria de la actora número 45051271 en fechas 21 de septiembre de 1989 y 29 de mayo de 1990 por importe, respectivamente, de 28.576.063 y 10.739.051 pesetas y, subsidiariamente, para el caso de que la demandada no entregara los efectos, se le condene a que abone a la actora el importe de dichas remesas con sus correspondientes intereses legales.

La demandada se opuso a la demanda y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell dictó sentencia de fecha 28 de mayo de 2004 por la que desestimó la demanda con imposición de costas a la parte actora. Ésta recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª) dictó nueva sentencia de fecha 27 de junio de 2005 por la que desestimó el recurso con imposición de costas a la parte apelante.

La actora Tretzi S.A. ha interpuesto contra la misma el presente recurso de casación.

SEGUNDO.- La sentencia dictada por la Audiencia, hoy recurrida, se fundamenta esencialmente en los siguientes razonamientos: 1º) Los documentos entregados por la actora a Banco Español de Crédito S.A. para descuento que, al resultar impagados, motivaron los cargos en la cuenta de aquélla con fechas 21 de septiembre de 1989 y 29 de mayo de 1990, eran sólo recibos emitidos por Tretzi S.A. sin ninguna fuerza probatoria, por lo que la omisión de su devolución en nada perjudicó a la parte actora; 2º) No se niega que el Banco debió devolver en su día los indicados recibos una vez cargado su importe en la cuenta de la actora -lo que no está acreditado que efectuara y hoy le resultaría imposible al no conservarlos- pero atendidas las circunstancias temporales de ejercicio de la acción y la falta de perjuicio de los créditos por la no devolución de los documentos descontados, no puede prosperar la demanda; 3º) Se tiene en cuenta que la demanda se interpone en el año 2003 - anteriormente se había ejercido igual pretensión en el año 2001 y se desistió de la misma- cuando el último cargo por impagados se produjo en el año 1990 y que, según manifiesta la propia parte actora, la misma situación se produjo en relación con adeudos de fecha 23 de abril y 9 de octubre de 1990 y en tal caso se interpuso demanda en noviembre de 1992 que fue

parcialmente estimada.

TERCERO.- Los motivos primero, tercero y cuarto se formulan por infracción de lo establecido en el *artículo 1258 del Código Civil*. Dispone dicha norma que «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley*».

La sentencia de esta Sala de 15 noviembre 2006, con cita de las anteriores de 22 noviembre y 31 diciembre 1996, 3 y 4 septiembre 1997 y 28 diciembre 1998, afirma que dicho artículo del Código Civil no puede fundar por sí un motivo de casación dada su generalidad. En igual sentido se pronuncian numerosas sentencias de esta Sala de entre las que cabe destacar las de 18 noviembre 1996, 11 diciembre 1996, 3 abril 1997, 13 mayo 1997, 3 septiembre 1997, 28 diciembre 1998, 1 marzo 1999, 31 mayo 1999, 24 octubre 2000, 19 diciembre 2001, 30 junio 2003, 31 marzo 2005, 20 julio y 24 octubre 2006.

Pero aunque no fuera así y se entendiera que efectivamente se había dado un incumplimiento contractual por parte de la entidad bancaria demandada al no proceder en su momento a la devolución de los recibos entregados para descuento, la Audiencia no ha negado que dicha obligación existiera, sino que por el contrario ha constatado la imposibilidad actual de que tal devolución tenga lugar y la inexistencia de perjuicio alguno para la parte actora pues tales recibos no acreditaban la existencia de derecho alguno por su parte. A ello se añade que, aun cuando no exista prescripción de la acción ejercitada, se observa un ejercicio muy tardío del derecho que dificulta su efectividad, teniendo en cuenta que la actuación de la entidad actora ante el Banco en los momentos inmediatamente siguientes a los cargos efectuados le habría permitido comprobar los impagados producidos, a los efectos del ejercicio de un posible derecho de reclamación frente a sus posibles deudores.

Baste recordar al efecto que es numerosa la jurisprudencia de esta Sala sobre el retraso desleal o ejercicio tardío desleal como conducta contraria a la buena fe (sentencias de 21 mayo 1982, 6 junio 1992, 4 julio 1997, 1 marzo 2001, 19 diciembre 2005, 31 enero y 5 octubre 2007).

CUARTO.- El motivo segundo denuncia la infracción del *artículo 308 del Código de Comercio* en cuanto obliga a los depositarios de títulos, valores, efectos o documentos que devenguen intereses a realizar el cobro de estos en las épocas de sus vencimientos. La norma, a cuya aplicación no se refirió el recurso de apelación y, en consecuencia, tampoco la sentencia recurrida, no conviene al caso ya que se refiere al cobro de los intereses por el depositario de los títulos cuando dichos títulos los produzcan periódicamente sin que dicha circunstancia sea predicable de los recibos entregados para descuento por la parte actora.

Es por ello que el motivo ha de ser desestimado como también han de serlo los motivos quinto y sexto, que denuncian la infracción de los *artículos 306 del Código de Comercio y 1766 del Código Civil* sobre el contrato de depósito, ya que la parte recurrente se refirió en todo momento al formular su recurso de apelación a que la relación jurídica entre las partes no se limitaba a un contrato de descuento bancario sino que integraba un contrato de cuenta corriente, sobre lo cual se pronunció la Audiencia (fundamento de derecho tercero), pero en ningún momento sostuvo que la calificación que había de merecer dicha relación era la de contrato de depósito.

De tal modo viene a plantear en casación una cuestión nueva no deducida en la apelación, lo cual impide ahora entrar a considerarla pues en tal caso se conculcarían los principios de preclusión, defensa y contradicción procesal, como pone de manifiesto la sentencia de esta Sala de 3 febrero 2009. En igual sentido, la de 23 enero 2008 señala que «*no resulta admisible en casación el planteamiento de tales cuestiones no aducidas en la fase de alegaciones del proceso o no reproducidas, en su caso, en fase de apelación* (sentencias de 8 marzo y 31 mayo 2001, 21 abril 2003, 3 junio 2004, 13 octubre 2005, 4 y 9 mayo 2006; 7 y 27 febrero, y 9 julio de 2007, entre otras muchas)»

QUINTO.- El motivo séptimo, y último, refiere la infracción de lo dispuesto en el *artículo 1101 del Código Civil* en cuanto dispone que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones hubieran incurrido en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier otro modo contravinieren al tenor de aquélla. El motivo ha de ser rechazado por cuanto, fuera de los supuestos excepcionales en que el incumplimiento de la obligación lleva a considerar la existencia de daños producidos «*in re ipsa*» (sentencias de 23 julio 1997, 10 octubre 2001, 5 marzo 2002, 17 marzo 2003, 10 junio 2004, 12 mayo 2005, entre otras) por regla general es imprescindible probar la existencia de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama (sentencias de 29 marzo 2001, 30 abril 2002 y 10 julio 2003) y en el caso presente no sólo falta dicha prueba sino que la sentencia impugnada

declara expresamente (fundamento de derecho cuarto) que no existió perjuicio alguno para la entidad demandante derivado de la falta de devolución de los recibos objeto de descuento ya que los mismos no justificaban la existencia de deuda alguna.

SEXTO.- Procede por ello la desestimación del recurso con imposición de costas a la parte recurrente (*artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*).

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

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Tretzi S.A.** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª) de fecha 27 de junio de 2005 en Rollo de Apelación nº 871/04, dimanante de autos de juicio ordinario número 938/03 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell, en virtud de demanda interpuesta por la parte recurrente contra **Banco Español de Crédito S.A.**, la que **confirmamos** y condenamos a dicha recurrente al pago de las costas del presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller**, 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.