

Roj: STS 2028/2011
Id Cendoj: 28079110012011100212
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 34/2008
Nº de Resolución: 256/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x NEGOCIO JURÍDICO x
- x APODERADO x
- x REPRESENTACIÓN x
- x REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA x
- x EXTINCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA x
- x COMPRAVENTA MERCANTIL x
- x FALTA DE PODER x
- x DEFECTO DE PODER x
- x EMPRESARIO x
- x COLABORADORES DEL EMPRESARIO x
- x COLABORADORES DEPENDIENTES DEL EMPRESARIO x
- x COLABORADORES INDEPENDIENTES DEL EMPRESARIO x
- x PROHIBICIONES PARA LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL x
- x INCOMPATIBILIDAD (ACTIVIDAD EMPRESARIAL) x
- x PROHIBICIONES (ACTIVIDAD EMPRESARIAL) x
- x RECURSO DE CASACIÓN CIVIL x
- x RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL x
- x VALORACIÓN DE LA PRUEBA x
- x ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA x

Resumen:

Factor mercantil: adquisición de créditos incumpliendo la prohibición de interesarse en negociaciones del mismo género de las que llevaba a cabo a nombre de su principal, sin autorización expresa de la misma.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Abril de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por Banco Árabe Español, representado por la Procurador de los Tribunales doña Silvia Scott Glendonwyn Alvarez, contra la Sentencia dictada, el veinticuatro de septiembre de dos mil siete, por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid , que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Sesenta y nueve de Madrid. Son parte recurrida Aresinver, SA, representada por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Codes Feijoo y don Jose Ángel , representado por la Procurador de los Tribunales doña María José Bueno Ramírez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por escrito registrado por el Juzgado Decano de Madrid el veintinueve de julio de dos mil cinco, la Procurador de los Tribunales doña Silvia Scott Glendonwyn Alvarez, obrando en representación de

Banco Árabe Español, SA (Aresbank), interpuso demanda de juicio ordinario contra Aresinver, SA y don Jose Ángel .

En el referido escrito la representación de la sociedad demandante alegó, en síntesis y en lo que a la decisión del litigio importa, que el veinte de abril de mil novecientos ochenta y ocho prestó a Daylong Island Española, SA la suma de mil cien millones de pesetas (1.100.000.000), con garantía hipotecaria sobre una finca. Que el quince de octubre de mil novecientos ochenta y nueve prestó a Spanish Promotions Properties seiscientos cuarenta y cuatro millones de pesetas (644.000.000), con la garantía de una segunda hipoteca constituida por Daylong sobre en resto de la misma finca citada, después de una segregación. Que ninguna de las prestatarias devolvió el préstamo, por lo que procedió a instar la ejecución de las hipotecas con la venta en subasta de la finca hipotecada. Que dicha finca le fue adjudicada en la subasta, si bien la ejecución fue anulada por la sentencia del Tribunal Supremo de treinta de enero de mil novecientos noventa y nueve , que condenó a Banco Árabe Español, SA a devolver el inmueble a la hipotecante, Daylong Island Española, SA. Que, como Banco Árabe Español, SA no pudo cumplir esa condena, su prestación equivalente fue valorada en mil setecientos noventa y ocho millones novecientas treinta mil novecientas treinta y siete pesetas (1.798.930.937).

Añadió que, para reducir su deuda por compensación, compró créditos contra Daylong Island Española, SA; en concreto, por escritura de diecisiete de junio de mil novecientos noventa y nueve, adquirió uno de Bechtel Ltd, por importe de doscientos diez millones setecientos cuarenta y dos mil novecientos noventa y seis pesetas (210.742.996) y otro de Bechtel España, SL, por importe de noventa y siete millones setecientos ocho mil pesetas (97.708.000); y, por escritura de trece de julio de mil novecientos noventa y nueve, un crédito de sesenta y cuatro millones de pesetas (64.000.000) del que era titular Banco Atlántico, SA.

También alegó que la codemandada Aresinver, SA, formaba para de su grupo empresarial, si bien las acciones representativas del capital de la misma fueron vendidas a don Eladio , por escritura de treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Que, en ese momento, el otro demandado, don Jose Ángel , era el presidente del consejo de administración de Aresinver, SA y, además, jefe de la asesoría jurídica y secretario del consejo de administración de Banco Árabe Español, SA.

Que don Jose Ángel , aprovechándose del conocimiento que tenía de la situación que estaba atravesando la relación de Banco Árabe Español, SA con Daylong Island Española, SA, y cuando todavía estaba vinculado laboralmente a la sociedad demandante, organizó la compra de créditos litigiosos contra la acreedora citada, por medio de Aresinver, SA, a sabiendas de que pagando un mínimo por ellos, recuperarían la totalidad de sus importes.

Que los créditos que, por ese procedimiento, adquirieron los demandados contra Daylog Island Española, SA, fueron dos, uno de nueve millones trescientas seis mil seiscientos diecinueve pesetas (9.306.619) y, el otro, de seiscientos noventa y tres mil ochocientos dieciocho pesetas, con setenta y ocho céntimo (693.818,78). Que el primero fue adquirido por Aresinver, SA antes de terminar la relación laboral que vinculaba a don Jose Ángel con Banco Árabe Español, SA y el segundo después de la extinción de la misma.

Que, el once de septiembre dos mil dos, Banco Árabe Español, SA y don Jose Ángel , de mutuo acuerdo, pusieron fin a la relación jurídica que les unía, habiendo asumido éste un expreso deber de confidencialidad.

Que don Jose Ángel , mientras fue el jefe de su asesoría jurídica, tuvo la condición de factor, pues había recibido un amplio poder de representación - fue él quien diseñó la operación de compra de créditos - y mientras ocupó el cargo de secretario de su consejo, tuvo acceso a una información privilegiada.

Que don Jose Ángel , como factor, estaba sujeto a deberes de lealtad para con su principal, que le impedían interesarse personalmente en las operaciones en que hubiera intervenido en nombre de ella, de acuerdo con el *artículo 288 del Código de Comercio* . Y que, como secretario del consejo, le afectaba el *artículo 127 del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas - Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre -*.

Que, con la adquisición de los créditos, don Jose Ángel había infringido aquellos deberes y, en consecuencia, debía serle aplicado el *artículo 288 del Código de Comercio* , de modo que los beneficios obtenidos por él debían ser para ella.

Que, como consecuencia del pacto de confidencialidad, una vez extinguida la relación con la actora, don Jose Ángel no podía revelar o aprovecharse de información confidencial, como era aquella a la que había tenido acceso como secretario de su consejo de administración, sino que, en todo caso, debió haber comunicado a la demandante la oportunidad de adquirir nuevos créditos.

Invocó en la demanda la aplicación de los *artículos 1101, 1107, 1258 y 1726 del Código Civil*, además de los preceptos antes citados, e interesó del Juzgado de Primera Instancia, en el suplico de la demanda que "*previos los trámites legales se dicte sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: a) Declare que don Jose Ángel incumplió sus deberes a su cargo en Aresbank y las obligaciones asumidas en el acuerdo de once de septiembre de dos mil dos, por el que se daba por finalizada su relación laboral con Banco Árabe Español, SA. B) Y, en consecuencia, se condene don Jose Ángel a pagar a Banco Árabe Español, SA la cantidad de setecientos cuarenta y nueve mil setecientos cincuenta y dos euros con sesenta y nueve céntimos (749.752,69 #), mas los intereses correspondientes desde la fecha de la compra de los créditos por parte de Aresinver, SA, por cuanto los beneficios de esta operación han de atribuirse directamente al principal; para el improbable caso de que se considerara que tales cantidades no son debidas en concepto de enriquecimiento indebido, se condene a su pago en concepto de daños y perjuicios causados.- C) Eventualmente, y únicamente para el supuesto de que se entienda que no es don Jose Ángel el obligado al pago, que se condene a Aresinver, SA, al pago de la cantidad de setecientos cuarenta y nueve mil setecientos cincuenta y dos euros con sesenta y nueve céntimos (749.752,69 #), mas los intereses correspondientes desde la fecha de la compra de los créditos por parte de Aresinver, SA.- D) Eventualmente, para el supuesto de que el Juzgado entienda que el enriquecimiento se ha producido por igual para ambas partes demandadas, se condene solidariamente a don Jose Ángel y a Aresinver, SA a pagar a Banco Árabe Español, SA, la setecientos cuarenta y nueve mil setecientos cincuenta y dos euros con sesenta y nueve céntimos (749.752,69 #), mas los intereses correspondientes desde la fecha de la compra de los créditos por parte de Aresinver, SA".*

SEGUNDO. La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número Sesenta y nueve de Madrid, que la admitió a trámite, conforme a las normas del juicio ordinario, con el número 1201/2005.

Los demandados fueron emplazados y se personaron en las actuaciones, representados, Aresinver, SA, por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Codes Feijoo y, don Jose Ángel, por el Procurador de los Tribunales doña María José Bueno Ramírez, los cuales, en las respectivas representaciones, contestaron la demanda.

I. La representación de don Jose Ángel alegó, en su escrito de contestación, en síntesis y en lo que a la decisión del recurso interesa, que discrepaba del relato de hechos contenido en la demanda, aunque admitía lo relativo a la ejecución hipotecaria y sus incidencias. Que era cierto que Aresbank compró los tres créditos, pero que, aunque fue él quien tuvo la idea, se la expuso al presidente-director general de Aresbank, que decidió la compra de los créditos contra Daylong Island Española, SA, por unos precios muy bajos y en secreto. Que no era cierto que las compras las hubiera llevado a término él, ya que fueron encomendadas por la sociedad demandante a un despacho de abogados, de modo que él, aunque hubiera ideado la operación, no tuvo intervención alguna en su ejecución. Que en la demanda se había omitido mencionar que el presidente-director de Banco Árabe Español, SA comunicó al consejo de administración la operación de compra de créditos realizada y fue por ello reprimido, prohibiéndosele la adquisición de nuevos créditos. Que, por ello, Banco Árabe Español, SA canceló todas las operaciones de compra que estaba realizando. Añadió que Aresinver, SA era una entidad del grupo Aresbank, que fue vendida a don Eladio, el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve. Que Aresinver, SA compró el primer crédito, a CB Richard Ellis, el tres de agosto de dos mil uno, fecha en la que era tan notorio el conflicto entre Aresbank y Daylong Island Española, SA que CB Richard Ellis ya había embargado los derechos de crédito de Daylong frente a Aresbank. Que, además, no podía saber en esa fecha que Aresbank iba a ser condenada a pagar a Daylong mil setecientos noventa y ocho millones novecientas treinta mil novecientas treinta y siete pesetas (1.798.930.937), ya que la liquidación de la condena la pronunció el Juzgado de Primera Instancia con posterioridad, el veintidós de septiembre de dos mil uno. Que en la fecha de la compra del crédito de CB Richard Ellis, de nueve millones trescientas seis mil seiscientos diecinueve pesetas (9.306.619), el titular de las acciones representativas del capital de Aresinver, SA no era él, sino don Eladio, de modo que Aresinver, SA sólo compró ese crédito mientras él estuvo ligado a Aresbank. Que la compra del segundo crédito por Aresinver, SA, a Banco Santander Central Hispano, accionista de Aresbank, se efectuó el veintiséis de febrero de dos mil cuatro, cuando había pasado un año y medio desde que fue despedido por la citada demandante. Que, para la compra del segundo crédito, no se valió de información de Aresbank, sino de la de otra sociedad bancaria y de la que proporcionaba el Registro de la Propiedad de Marbella. Que era miembro de la asesoría jurídica de Banco Árabe Español, SA, no un factor y no había actuado nunca en representación de dicha sociedad en su

tráfico ni generado apariencia. Que no había incumplido deber de confidencialidad post contractual, al ser los hechos notorios y generalmente conocidos. Que, en todo caso, Aresbank había decidido no comprar más créditos, por lo que la reclamación que le había dirigido estaba infundada.

En el suplico del escrito de contestación, interesó del Juzgado de Primera Instancia " *Que, habiendo por presentado este escrito con las copias que se acompañan y por hechas las manifestaciones que en el mismo se contienen, se sirva admitirlo, unirlo a las actuaciones, tener por evacuado, en tiempo y forma, el trámite de oposición a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por el Banco Araba Español, SA. (Aresbank) contra la sentencia de la audiencia Provincial de Madrid de fecha veinticuatro de septiembre dos mil siete en el recurso de apelación nº. 494/2007 , y, previos los trámites pertinentes, dictar sentencia por la que se acuerde: A) La inadmisión de los citados recursos y, en su defecto, la desestimación de los mismos; B) La imposición a la recurrente de las costas de los recursos y de la instancia de apelación, así como de la sanción de seis mil euros prevista en el artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la temeridad, abuso de derecho y mala fe procesal con que ha actuado en la litis; todo ello por las razones expuestas en el cuerpo de este escrito.*

II. La representación de Aresinver, SA alegó, en su escrito de contestación, en síntesis y en lo que a la decisión del recurso interesa, que los hechos no había sucedido como se indicaba en la demanda, con las salvedades que admitió. Que no se aprovechó para adquirir los créditos de ninguna información confidencial, dado que el conflicto entre la demandante y la hipotecante era notorio. Que sólo compró un crédito mientras el otro demandado fue empleado de la demandante. Que el segundo crédito lo adquirió después de que don Jose Ángel fuera despedido por la demandante.

En el suplico del escrito de contestación, interesó del Juzgado de Primera Instancia " *Que, habiendo por presentado este escrito, con los documentos y copias que se acompañan, y por hechas las manifestaciones que en el mismo se contienen, se sirva admitirlo, tenerme por comparecido y parte en la representación que ostento y acredito de Aresinver, SA y por contestada, en tiempo y forma, la demanda presentada por Aresbank contra mi representado y, previos los trámites a que en Derecho procedan, dicte en su día sentencia por la que se acuerde desestimar íntegramente la demanda formulada de contrario contra mi representada, con la imposición a la demandante d las costas causadas en el presente procedimiento "*.

TERCERO. Celebrados los actos de audiencia previa y juicio, practicada la prueba que, propuesta, había sido admitida, el Juzgado de Primera Instancia número Sesenta y nueve de Madrid, dictó sentencia el veintiséis de febrero de dos mil siete , con la siguiente parte dispositiva: "*Fallo. Estimo parcialmente la demanda formulada por la Procuradora doña Silvia Scout Glendonwyn Alvarez en representación de Banco Árabe Español, SA (Aresbank) contra Aresinver, SA, representada por el Procurador don Eduardo Codes Feijoo, y contra don Jose Ángel , representado por la Procuradora doña María José Bueno Ramírez, y en consecuencia, 1.- Condeno a don Jose Ángel a pagar a Aresbank la cantidad de setecientos cuarenta y nueve mil setecientos cincuenta y dos euros con sesenta y nueve céntimos (749.752,69 #) más el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia. 2.- Absuelvo a don Jose Ángel del resto de lo pretendido frente al mismo en la demanda. 3. Absuelvo a Aresinver, SA de cuanto se pretende frente a la misma en la demanda. 4.- Condeno a la demandante al pago de las costas causadas a Aresinver, SA, sin pronunciamiento en cuanto al resto de costas derivadas de este procedimiento*".

CUARTO. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Sesenta y nueve de Madrid de veintiséis de febrero de dos mil siete , fue recurrida en apelación por uno de los demandados, don Jose Ángel , y por la demandante, Banco Árabe Español, SA.

Cumplidos los trámites, las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Madrid, en la que fueron turnadas a la Sección Decimoctava, la cual tramitó los recursos y dictó sentencia el veinticuatro de septiembre de dos mil siete , con la siguiente parte dispositiva: " *Fallamos. Que estimando el recurso de apelación interpuesto por don Jose Ángel representado por el Procurador de los Tribunales Sra. Bueno Ramírez y desestimando el formulado por Banco Árabe Español, SA. representado por el Procurador de los Tribunales Sra. Scout-Glendonwyn Álvarez contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº. Sesenta y nueve de Madrid de fecha veintiséis de febrero de dos mil siete en autos de juicio ordinario nº. 1201/05 debemos revocar y revocamos parcialmente la misma y en su consecuencia desestimando la demanda en su día formulada debemos absolver y absolvemos a don Jose Ángel de los pedimentos en ella contenidos con imposición a la actora de las costas procesales causadas en la primera instancia manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la resolución de instancia, sin expresa condena en cuanto a las costas procesales causadas en esta alzada por el recurso formulado por el demandado, y con imposición a la actora apelante de las producidas por su recurso "*.

QUINTO. La representación de Banco Árabe Español, SA preparó e interpuso, contra la sentencia dictada por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid el veinticuatro de septiembre de dos mil siete , recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

Por providencia de dieciocho de septiembre de dos mil siete, dicho Tribunal mandó elevar las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de nueve de junio de dos mil nueve , *decidió: "Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuestos por la representación procesal del Banco Árabe Español (Aresbank) contra la sentencia dictada con fecha veinticuatro de septiembre de dos mil siete, por la audiencia Provincial de Madrid -Sección dieciocho-, en el rollo de apelación nº. 494/07 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº. 1201/05 del Juzgado de Primera Instancia nº. Sesenta y nueve de los de Madrid.- Entréguese copias del escrito de interposición de los recursos admitidos, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala para que, en el plazo de veinte días, formalicen su oposición por escrito, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría "*.

SEXTO. El recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Banco Árabe Español, SA, contra la sentencia de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid de veinticuatro de septiembre de dos mil siete , se compone de un único motivo, en el que la recurrente, con apoyo en el *apartado 1, regla segunda, del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , denuncia:

ÚNICO. La infracción del *artículo 218, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

SÉPTIMO. El recurso de casación interpuesto por la representación de Banco Árabe Español, SA, contra la sentencia de veinticuatro de septiembre de dos mil siete de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid , se compone de tres motivos, en los que la recurrente, con apoyo en el *apartado 2, regla segunda, del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , denuncia:

PRIMERO. La infracción del *artículo 283 del Código de Comercio* y su interpretación jurisprudencial.

SEGUNDO. La infracción del *artículo 288 del Código de Comercio* .

TERCERO. La infracción de los *artículos 1101 y 1107 del Código Civil* .

OCTAVO. Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador de los Tribunales don Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de Aresinver, SA. y la Procurador de los Tribunales doña María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de don Jose Ángel , impugnaron el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

NOVENO. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el veinticuatro de marzo de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se ha considerado probado en la instancia que Banco Árabe Español, SA, que debía a Daylong Island Española, SA una importante cantidad de dinero y que había sido condenada por sentencia judicial a pagarla, inició una operación de compra de créditos contra su mencionada acreedora - que se hallaba en difícil situación económica -, con el evidente propósito de extinguir o reducir su deuda, por compensación, de un modo más ventajoso que mediante el pago directo.

En ejecución de ese plan, Banco Árabe Español, SA adquirió - de Bechtel Ltd y de Bechtel España, SA - tres créditos contra su acreedora, Daylong Island Española, SA.

Don Jose Ángel fue, hasta el once de septiembre de dos mil dos, jefe de la asesoría jurídica y secretario no consejero del consejo de administración de Banco Árabe Español, SA. Él diseñó la operación, que ejecutó el presidente de dicha sociedad.

En la mencionada fecha don Jose Ángel fue despedido por su empleadora, la cual, reconociendo el despido como improcedente, pactó con don Jose Ángel la liquidación de la relación.

Don Jose Ángel , antes y después de ser despedido por Banco Árabe Español, SA, era administrador de una sociedad denominada Aresinver, SA - la cual, en fechas anteriores, había estado integrada en el grupo del que la entidad bancaria demandante era dominante, madre o holding - y adquirió, por cuenta de su citada administrada, dos créditos contra Daylong Island Española, SA: uno, del que fue transmitente CB Richard Ellis, en un tiempo en que la relación de servicios de aquel con Banco Árabe Español, SA estaba vigente; y otro, del que fue transmitente Banco Santander Central Hispano, después de que dicha relación hubiera quedado extinguida.

Con esos antecedentes, Banco Árabe Español, SA pretendió en la demanda - rectora del proceso del que derivan los recursos extraordinarios que hemos de decidir - la condena de don Jose Ángel - y, subsidiariamente, la de Aresinver, SA, sola o, en su caso, como deudora solidaria de aquel - a abonarle la suma de setecientos cuarenta y nueve mil setecientos cincuenta y dos euros, con sesenta y nueve céntimos, importe de los créditos que el primer demandado había adquirido por cuenta de la segunda.

Para justificar tal pretensión utilizó la demandante dos argumentos jurídicos distintos:

1º) En cuanto al crédito adquirido, de CB Richard Ellis, mientras don Jose Ángel prestaba servicios por su cuenta - como jefe de la propia asesoría jurídica y apoderado -, tener dicho demandado la condición de factor mercantil y, como tal, haber incumplido la prohibición que el *artículo 288 del Código de Comercio* le imponía de interesarse, en nombre propio o ajeno, en negociaciones del mismo género de las que llevaba a cabo a nombre de su principal, sin autorización expresa de la misma. Reclama la demandante la aplicación de la sanción que el citado precepto establece, en su segundo párrafo, para el factor que hubiera negociado sin esa autorización: esto es, los beneficios de la negociación, que según dicha norma serán para el principal, mientras que las pérdidas quedarán a cargo del factor.

2º) En cuanto al crédito adquirido, de Banco de Santander Central Hispano, SA, una vez extinguida la relación de servicios que la vinculaba con don Jose Ángel , haber utilizado el mismo una información - sobre el interés económico de la compra de créditos contra Daylong Island Española, SA, sociedad en difícil situación económica - que era confidencial y que había obtenido como secretario de su consejo de administración, con violación de una *cláusula incorporada al contrato de liquidación de aquella relación, de once de septiembre de dos mil dos* - la quinta: " *el señor Jose Ángel se compromete a mantener en estricta confidencialidad y a no reproducir, utilizar, vender, publicar o revelar de cualquier forma, sin autorización expresa del Banco, la información confidencial que le hubiera sido revelada, tanto por su condición de secretario del consejo de administración del Banco, como, en general, como consecuencia de la relación laboral mantenida con el Banco y de cualquier cargo que hubiera desempeñado por cuenta del Banco en otra entidades* " -.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión de condena deducida en la demanda contra don Jose Ángel y desestimó la que lo fue contra Aresinver, SA.

En la segunda instancia, a la que llevaron el litigio las dos partes litigantes, sólo tuvo éxito el recurso de apelación de don Jose Ángel , con lo que, en definitiva, la Audiencia Provincial desestimó íntegramente la demanda.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso Banco Árabe Español, SA recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, en cuyo examen entramos seguidamente.

SEGUNDO. En el único motivo de su recurso extraordinario por infracción procesal, Banco Árabe Español, SA se apoya en el *artículo 469, apartado 1, ordinal segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , para denunciar la infracción del *artículo 218, apartado 2, de la misma Ley* .

Alega que el Tribunal de apelación había efectuado una valoración de la prueba que era manifiestamente errónea, ilógica e irrazonable, con confusión de hechos y contraria a la exigencia de que la motivación de las sentencias se ajuste a las reglas de la lógica y la razón, contenida en la norma procesal últimamente citada.

La imputación que constituye " *ratio* " del motivo la proyecta la recurrente sobre tres datos de hecho, en los que localiza el error: (1º) la Audiencia Provincial había puesto en duda la realidad y amplitud de los poderes que ella había otorgado en su día a don Jose Ángel , pese a que una y otra habían sido admitidas por él, al ser interrogado en el acto del juicio - con la única objeción de que los poderes eran mancomunados -. Considera la recurrente que esa valoración de la prueba había determinado al Tribunal de apelación, con manifiesto error, a negar para el demandado la condición de factor y, por tal, que debiera

soportar la sanción que, inspirada en la idea del enriquecimiento injusto, establece el *artículo 288 del Código de Comercio* ; (2º) el Tribunal de apelación había entendido que don Jose Ángel no intervino en las negociaciones que llevaron a la compra de los tres créditos adquiridos por ella y, también, que su consejo de administración había prohibido la posterior adquisición de otros contra Daylong Island Española, SA, pese a que la prueba de testigos evidenciaba que fue el demandado quien diseñó la operación y que el órgano de administración de Banco Árabe Español, SA lo único que prohibió es que las adquisiciones futuras se convinieran sin haber solicitado su autorización previa; (3º) el mismo Tribunal no había entendido probado que don Jose Ángel , para adquirir, por cuenta de Aresinver, SA, dos créditos contra Daylong Island Española, SA, se había aprovechado de una información privilegiada, pese a resultar de la prueba practicada que ello fue así.

TERCERO. Es doctrina legal - sentada, entre otras muchas, en la sentencias 198/2010, de 5 de abril , sentencia 191/2010, de 7 de abril , y 705/20010, de 12 de noviembre - que los errores en la valoración de la prueba no pueden ser denunciados por la vía del *ordinal segundo del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , como consecuencia de que dicha norma esté reservada al examen del cumplimiento de las procesales reguladoras de la sentencia - esto es, del procedimiento para dictarla, de su forma y contenido, así como de sus requisitos internos -, pero no a fiscalizar la aplicación de las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba practicados en el proceso.

La valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los Tribunales de las instancias, no es revisable por medio de este recurso extraordinario, salvo cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no llegue a superar el test de razonabilidad que resulta exigible para que pueda considerarse respetado el derecho la tutela judicial efectiva que consagra el *artículo 24* de la Constitución Española.

En tal caso, no obstante, debe plantearse el recurso al amparo del *artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Por ello, la denuncia de la vulneración del *artículo 218, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil* - en relación con el *ordinal segundo del apartado 1 del artículo 469* -, en cuanto regulador de la motivación de las sentencias, no resulta adecuada para el planteamiento de una cuestión sobre valoración de la prueba, como la propuesta por Banco Árabe Español, SA - por más que sea posible denunciar una falta de motivación de dicha valoración o, incluso, la realidad de una mera apariencia de motivación al respecto, que la vicia de arbitrariedad, a la luz de la antes mencionada norma constitucional, lo que no ha sucedido en el caso enjuiciado -.

Examinada la cuestión desde el otro punto de vista, cabe añadir que lo expuesto es consecuencia de que la exigencia del *artículo 218, apartado 2 " in fine "*, de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* - de que la motivación se ajuste a las reglas de la lógica y de la razón - se proyecte sobre la exposición argumentativa del Tribunal, esto es, sobre la plasmación del " *iter* " decisorio.

CUARTO. La recurrente, pese a utilizar una vía procesal inadecuada y no mencionar como apoyo de su argumentación expresamente el *artículo 24* de la Constitución Española, afirma en su escrito de interposición que el Tribunal de apelación había incurrido en un error evidente o notorio en la valoración de la prueba.

Para decidir la cuestión así planteada hay que partir de que, como recuerda la sentencia 689/2010, de 17 de noviembre - con cita de las del Tribunal Constitucional referidas a este aspecto del derecho a la tutela judicial efectiva -, el error entra en la órbita del *artículo 24* de la Constitución Española cuando es material, fáctico o de hecho - tratándose de cuestiones de derecho, como las interpretaciones y calificaciones jurídicas, la equivocación sólo tiene relevancia constitucional como expresión de arbitrariedad o irracionalidad -.

Son cuatro los temas en relación con los que la recurrente formula la imputación de valoración manifiestamente errónea de la prueba:

A. Uno - el tercero en el escrito de interposición - se refiere al aprovechamiento por don Jose Ángel de información privilegiada para afrontar la compra de créditos contra una sociedad en dificultades económicas - condición " *sin qua non* ", según la demanda, para poder afirmar el incumplimiento por dicho demandado de la *cláusula quinta del contrato de liquidación que el mismo celebró con la recurrente, el once de septiembre de dos mil dos* -.

Carece de toda justificación la imputación contenida en este motivo, ya que la Audiencia Provincial no

negó que el repetido demandado se hubiera valido de datos conocidos como secretario del consejo de administración y jefe de la asesoría jurídica de la ahora recurrente. En efecto, si se lee el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida se advierte que lo que afirmó el Tribunal de apelación es que "*con independencia de si el demandado, nunca Aresinver obviamente, incumpliera o no la cláusula quinta del citado contrato o acuerdo, lo que en modo alguno se ha acreditado es que su actuación haya supuesto perjuicio para la demandante...*".

Es decir, en la resolución a que se refiere el recurso no se niega el hecho al que la recurrente se refiere. Lo que en ella se negó, para destacar su intrascendencia para la decisión del conflicto, fue la eficacia causal sobre el perjuicio alegado por la ahora recurrente.

B. Otro - el segundo en el orden elegido en el escrito de interposición - se refiere a la prohibición del consejo de administración de Banco Árabe Español, SA de convenir nuevas adquisiciones de créditos contra Daylong Island Española, SA - una vez conoció las tres que habían sido ordenadas por el presidente de la entidad -, que la recurrente niega.

La denuncia del error patente se utiliza aquí como mero artificio para lograr una nueva valoración conjunta de la prueba, cuando la efectuada en la instancia, evidentemente, supera el "*test*" de constitucionalidad. En efecto, la Audiencia Provincial, tras tomar en consideración los medios a que se refiere el motivo - según los que "*operaciones similares sólo podrían ejecutarse previa autorización del consejo*", - llegó a la lógica conclusión, dados los antecedentes, de que ello "*suponía una limitación interna de las facultades que externamente ostentaba no el señor Jose Ángel, sino el presidente director general*" y la puso en relación con un dato que se dice demostrado: "*a partir de entonces nadie propuso al consejo para su autorización la adquisición de nuevos créditos que se conocía existían contra Daylong Island Española*".

C. También se menciona en el motivo como objeto de errónea valoración, la que llevo al Tribunal de apelación a negar la intervención de don Jose Ángel en la compra de los créditos por cuenta de ella.

Sin embargo, deriva la recurrente el supuesto error de no haber inferido el Tribunal de apelación dicha participación activa a partir del hecho - admitido por el propio demandado y declarado en la sentencia de apelación - de que la idea de las compras la tuvo don Jose Ángel .

Incorre la recurrente en la exageración de considerar que quien tiene una idea es necesariamente quien la ejecuta. Y el hecho de no haberlo entendido así el Tribunal de apelación lo presenta como un error patente, pese a haberse demostrado que fueron otras personas distintas de don Jose Ángel quienes llevaron a cabo, por cuenta de ella, tales operaciones ejecutivas.

D. El último dato cuya errónea valoración denuncia la recurrente en este motivo, consiste en la extensión de los poderes conferidos por Banco Árabe Español, SA a quien era, en la fecha, el jefe de su asesoría jurídica - el cual considera determinante de la aplicación del régimen propio del factor mercantil y, en particular, de la consecuencia jurídica que proclama el *artículo 288 del Código de Comercio* para el caso de infracción de la prohibición que establece -.

Afirma Banco Árabe Español, SA que el propio don Jose Ángel, al ser interrogado en juicio, admitió la existencia de los referidos poderes, así como la amplitud de los mismos, con la única corrección de que "*eran mancomunados*"; y que ello había quedado reafirmado con las declaraciones de varios testigos.

Tampoco en este extremo cabe hablar de una infracción del *artículo 24* de la Constitución Española en la valoración de la prueba, pues el Tribunal de apelación, con un criterio totalmente correcto, entendió que el examen de unos poderes a los fines de su calificación jurídica, de la que dependía en buena medida el éxito de la demanda, correspondía al órgano judicial y, por ello, atribuyó significación al hecho de que la entidad demandante no los hubiera aportado al proceso - "*[...] llama poderosamente la atención el hecho de que la parte actora, habiendo planteado como hecho constitutivo de su acción, la existencia de un amplísimo poder a favor del demandado, no haya aportado a los autos documento alguno en el que conste tal apoderamiento*" -, poniéndolo en relación con la fuerza convincente de la prueba practicada - "*[...] la mera aceptación del demandado de que quizá tuviera las facultades que el letrado de la recurrente le leyó no puede, sin más, obviar que difícilmente puede conocerse de memoria las facultades que se le conferían según esa lectura...*" -.

El motivo se desestima, con la consecuencia de que el "*factum*" establecido en la sentencia recurrida permanezca incólume a los efectos del recurso de casación.

QUINTO. En el primero de los motivos de su recurso de casación, señala Banco Árabe Español, SA, como norma infringida, la del *artículo 283 del Código de Comercio* .

Afirma que el Tribunal de apelación debió haber calificado a don Jose Ángel como su factor, a la vista de los amplísimos poderes que le había otorgado.

Añade a esa afirmación, directamente relacionada con la norma que dice violentada, una serie de alegaciones complementarias, que no han de desviar la atención sobre la cuestión propiamente planteada.

Así, afirma que el *artículo 283* admite que el titular del negocio puede limitar las facultades de su factor, si lo tiene por conveniente; que la jurisprudencia ha considerado factor a auxiliares del empresario, pese a que no tenían la condición de gerentes o directores generales; y que, aunque se entendiera que don Jose Ángel había actuado en su condición de jefe de su asesoría jurídica, al comprar los créditos contra Daylong Island Española, SA, por cuenta de Aresinver, SA, había incumplido el deber de fidelidad a ella, que, como tal, le era exigible - cuestión, ésta, que será examinada con el motivo segundo del recurso, ya que guarda con él una relación más cercana -.

SEXTO. El factor fue considerado, tradicionalmente, como el principal colaborador del empresario en una plaza distinta de aquella en la que éste se encontraba. Su régimen jurídico pasó al *Código de Comercio de 1885* , en el que se le tiene por un apoderado general de aquel, para todos los actos en los que se concreta la actividad del mismo - *artículos 281 y 282, en relación con el 292* -.

La sentencia 365/2007, de 27 de marzo lo definió como "*aquella persona que está habilitada para realizar en nombre y por cuenta del empresario el giro y tráfico propio (artículo 281 del Código de Comercio)*", añadiendo que, por esa razón, "*el artículo 285 del Código de Comercio establece que el responsable de los contratos que el factor realice con terceros es el empresario, siempre que se refieran al giro o tráfico de su empresa*".

I. El *artículo 283* admite, que el empresario atribuya al factor "*más o menos facultades, según haya tenido por conveniente*". Pero las limitaciones impuestas, según cuál sea su alcance, pueden resultar incompatibles con la condición de factor y determinar que el apoderado sea considerado, conforme al *artículo 292* , una de aquellas "*otras personas*" a las que, "*además de los factores*", el empresario puede encomendar "*el desempeño constante, en su nombre y por su cuenta, de alguna o algunas gestiones propias del tráfico a que se dediquen*".

Es cierto que la jurisprudencia se ha servido de la figura del factor - con el calificativo de notorio o aparente: *artículo 286* - *para proteger a los terceros* de buena fe que confiaron, fundadamente, en la apariencia de una representación que, realmente, era inexistente o extralimitada y, al fin, para sancionar, pese a todo, la heteroeficacia de la gestión representativa.

Así, la sentencia de 14 de mayo de 1991 , a la que se remite la de 31 de marzo de 1998 , señala que "*si bien es cierto que la figura del factor mercantil requiere, en punto a su actuación correcta en el mundo negocial, de la previa existencia de un apoderamiento escriturado otorgado por su principal, como vienen a reconocer los arts. 281 a 284 del Código de Comercio y 1280.5 del Código Civil, así como acomodar su actividad a las facultades conferidas en el poder o directrices marcadas por su mandante, no lo es menos que en su comportamiento frente a terceros tiene vital importancia la apariencia jurídica que rodea su actuación, de manera que cuando el quehacer que realiza, por su propio contenido trascendente y representativo, transmite al tercero la creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado, la consecuencia que origina es la vinculación entre la empresa y dicho tercero, pues de lo contrario quebraría el principio de seguridad jurídica*".

La sentencia 266/2004, de 2 de abril , precisó que, si ha de actuar dentro del ámbito de los poderes conferidos para vincular a su principal frente a los terceros con los que contrata, "*por excepción y con el fin de proteger a los terceros de buena fe, el factor obliga también al comerciante cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas y los contratos inciden o recaen sobre el giro, tráfico o actividad propia del establecimiento*".

La sentencia 1115/1999, de 27 de diciembre , señaló que a "*estos colaboradores dependientes del empresario y en relación laboral de subordinación, generalmente estable, les asiste la presunción legal de que los contratos que efectúan se entienden hechos por cuenta de la sociedad o entidad en la que están integrados, es decir, que los llevan a cabo en nombre de su principal, siempre que los negocios concertados se refieran al propio giro o tráfico de la empresa a la que pertenecen*".

En similar sentido son de mencionar, entre otras muchas, las sentencias 288/1998, de 31 de marzo , 531/2002, de 31 de mayo , 778/2008, de 12 de septiembre y 236/2009, de 14 de abril .

II. El ámbito de las facultades conferidas por Banco Árabe Español, SA a don Jose Ángel no depende de la apariencia - ya que no se trata de determinar si dicha sociedad quedó vinculada o no a los terceros con los que aquél contrató - sino, estrictamente, de los términos del negocio de apoderamiento. Eso es lo que corresponde para decidir un conflicto entre la poderdante y su apoderado, surgido en la llamada relación interna y en torno al cumplimiento por éste de los deberes asumidos contractualmente frente a aquella.

Se expuso antes que el Tribunal de apelación consideró probado que don Jose Ángel había sido apoderado por la ahora recurrente, pero con dos precisiones: (a) el poder era mancomunado, como admitió en el proceso el demandado - lo que, aunque, en combinación con las circunstancias que en cada caso concurren, puede no ser excluyente de la condición de factor, no es, por sí solo, lo más adecuado para identificar a quien ha de actuar como " *alter ego* " del empresario -; y (b) " *las amplísimas facultades que se afirma ostentaba* " no han sido demostradas en el proceso.

Con esos antecedentes, teniendo en cuenta que los hechos declarados probados en la instancia han de ser respetados en casación y que no todo apoderado tiene la condición de factor, no cabe más que desestimar el motivo.

SÉPTIMO. En el segundo de los motivos denuncia Banco Árabe Español, SA la infracción del *artículo 288 del Código de Comercio* .

Alega la recurrente que el Tribunal de apelación debió haber aplicado dicha norma y declarado su derecho a los beneficios que obtuvo su factor con la compra de créditos por cuenta de Aresinver, SA.

Y, como la Audiencia Provincial declaró probado que don Jose Ángel " *ideó la estrategia* " y " *la propuso para su ejecución al presidente director general del Banco demandante* ", pero no la ejecutó, sino que fue éste " *quien procedió en nombre de la actora a la adquisición* " de los créditos de que eran titulares Bechtel Ltd. y Bechtel España, SA, distingue - con apoyo, básicamente, en los *artículos 260 y 284 del Código de Comercio* - entre negociar y contratar, en un intento de convencer de que el demandado intervino, además de en el diseño, en la negociación, aunque no lo hiciera personalmente en la contratación.

Añade, por otro lado, como hiciera en el anterior motivo, que la sanción que, para el caso de autoentrada del factor, contiene el *artículo 288 del Código de Comercio* es aplicable, extensivamente, a otras modalidades de gestión representativa, aunque fueran distintas de la ejecutada por el factor.

OCTAVO. La aplicación de la sanción que, el *artículo 288*, impone al factor que, sin autorización de su principal, se interesa, en nombre propio o ajeno, en negociaciones del mismo género que las que hiciera en nombre de aquel, se inspira en la idea del enriquecimiento sin causa y encuentra dos impedimentos en el caso enjuiciado.

El primero deriva de que, como se ha expuesto en el anterior fundamento, no se ha probado que don Jose Ángel reuniese las condiciones precisas para ser considerado factor de Banco Árabe Español, SA.

El segundo es consecuencia de que el *artículo 288* vincule la acción de enriquecimiento al hecho de que el factor se interese, no en las negociaciones del mismo género de aquellas que hiciera su principal, sino, concretamente, en las que hiciera en nombre de éste.

Por ello y por haberse declarado probado en la sentencia recurrida que don Jose Ángel no intervino en las compras de créditos convenida por Banco Árabe Español, SA con Bechtel Ltd. y Bechtel España, SL - en los tratos previos ni en la formación de los contratos -, hay que concluir afirmando que, por mucha aplicación extensiva que se pretenda del *artículo 288*, no concurren en el caso enjuiciado los elementos que configuran el supuesto al que dicha norma vincula la consecuencia jurídica que proclama - en concreto, la intervención del demandado en las negociaciones para la compra de créditos para la demandante -.

El motivo se desestima.

NOVENO. En el tercer y último motivo del recurso de casación denuncia Banco Árabe Español, SA la infracción de los *artículos 1101 y 1107 del Código Civil* .

Alega la recurrente - ahora con referencia a la adquisición por don Jose Ángel de un segundo crédito contra Daylong Island Española, SA, por cuenta de Aresinver, SA, una vez extinguida la relación laboral que unía al demandado con ella - que quien había sido jefe de su asesoría jurídica y secretario no consejero de su consejo de administración, incumplió el deber de confidencialidad pactado en la *cláusula quinta del contrato regulador de la liquidación de aquella relación, que ambos convinieron el once de septiembre de dos mil dos* .

El motivo se desestima.

En primer término, porque, como se expuso, el Tribunal de apelación no negó que don Jose Ángel hubiera incumplido el deber de no utilizar la información que obtuvo como secretario del consejo de administración y jefe de la asesoría jurídica de la demandada, sino la realidad del perjuicio alegado en la demanda, a la vista de que la demandante había tomado la decisión de no adquirir más créditos contra su acreedora Daylong Island Española, SA.

Y, en segundo término, porque los artículos señalados en el motivo no pueden servir de fundamento a la pretensión deducida en la demanda: de condena los demandados a hacerle entrega del beneficio neto obtenido por Aresinver, SA con la adquisición de los créditos.

DÉCIMO. En aplicación de la regla del vencimiento que proclaman los *artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , las costas de los recursos que desestimamos quedan a cargo de la recurrente.

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

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar a los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por Banco Árabe Español, SA, contra la Sentencia dictada, con fecha veinticuatro de septiembre de dos mil siete, por la Sección Dieciocho de la Audiencia Provincial de Madrid , con imposición de las costas a la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Encarnacion Roca Trias.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, 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.