

Id Cendoj: 28079110012006101141
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 4469/1999
Nº de Resolución: 1184/2006
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE ALMAGRO NOSETE
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

CRÉDITO PARA ADQUISICIÓN DE ACCIONES DEL PROPIO BANCO: Jurisprudencia sobre casos idénticos. Obligaciones del comisionista. Mala fe. Vicios del Consentimiento. Causa de los contratos. Normativa sobre protección de consumidores. Normativa sobre el Mercado de Valores.

SENTENCIA

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

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen los recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección cuarta, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Las Palmas de Gran Canaria, sobre reclamación de cantidad, cuyo recurso fue interpuesto por D. Gerardo representados por el Procurador de los tribunales D. Ignacio Aguilar Fernández, siendo parte recurrida Banco Español de Crédito, S.A., representado por el Procurador de los tribunales Don Carlos Ibáñez de la Cadiniere.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Las Palmas de Gran Canaria, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía número 302/96, promovidos a instancia de Don Gerardo contra la mercantil Banco Español de Crédito, S.A., sobre reclamación de cantidad.

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 dictara sentencia por la que se declarase la nulidad de los contratos a que se refiere el pleito, así como que abone a la actor la diferencia entre la compra y venta de las 3.500 acciones del Banco Español de Crédito por un importe de 4.053.188 pesetas, más el pago de los gastos de descuento de la primitiva letra de cambio de siete millones de pesetas, así como de las renovaciones, por importe de 713.484 pesetas, así como a abonar al actor la cantidad de siete millones de pesetas, como importe de la opción de compra del millón de dólares, así como los intereses de las cantidades, desde que el obligado incurrió en mora, o en otro caso, desde la interposición de la demanda, y al pago de las costas del proceso.

Admitida a trámite la demanda el demandado contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que se estimaron oportunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia desestimatoria de la demanda, con absolución de la demandada y con expresa imposición de costas al actor.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 25 de febrero de 1997 cuya parte dispositiva es como sigue: "Que desestimando la demanda interpuesta por D. Gerardo , frente a Banesto, S.A., debo absolver a la entidad demandada de las pretensiones esgrimidas de contrario, condenando al actor al pago de las costas causadas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección cuarta, dictó sentencia con fecha 8 de abril de 1999 , cuyo fallo es como sigue: "Que desestimando el recurso de

apelación interpuesto por la representación de don Gerardo contra la sentencia de fecha 25 de Febrero de 1.997 dictada en el juicio de Menor Cuantía nº 302/96 por el Juzgado de Primera Instancia nº Dos de Las Palmas de G.C., confirmamos la misma en toda su extensión sin que proceda hacer pronunciamiento condenatorio alguno en cuanto al pago de las costas procesales devengadas en esta instancia".

TERCERO.- El Procurador Don Ignacio Aguilar Fernández, en representación de Don Gerardo , formalizó recurso de casación que funda en un los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del *apartado cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, infracción del *artículo 255 del Código de Comercio*.

Segundo.- Al amparo del *apartado cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, infracción del *artículo 57 del Código de Comercio*.

Tercero.- Al amparo del *apartado cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, infracción del *artículo 59 del Código de Comercio*.

Cuarto.- Al amparo del *apartado cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, infracción del *artículo 1.261 del Código Civil*.

Quinto.- Al amparo del *apartado cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, infracción del *artículo 1.265 del Código Civil*.

Sexto.- Al amparo del *apartado cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, infracción de los *artículos 1.269 y 1.270 del Código Civil*.

Séptimo.- Al amparo del *apartado cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, infracción del *artículo 1.300 del Código Civil*.

Octavo.- Al amparo del *apartado cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, infracción del *artículo 1.303 del Código Civil*.

Noveno.- Al amparo del *apartado cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, infracción del *artículo 1.306 del Código Civil*.

Décimo.- Al amparo del *apartado cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, infracción de los *artículos 10.1.a) y c).2; 10 bis.1., párrafo primero y 2.; 13.1. d) y Disposición Adicional Primera 20, todos ellos de la Ley 26/1984, de 19 de julio , general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*.

Undécimo.- Al amparo del *apartado cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, infracción de los dispuesto en los *artículos 4.1; 14.2 ; y Anejo artículos 1,2,5.1 y 3 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo* relativo a Normas de Actuación y Registros Obligatorios de los Mercados de Valores.

Duodécimo.- Al amparo del *apartado cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, infracción de todos los preceptos enumerados en los primero nueve motivos de casación.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, el Procurador Don Carlos Ibáñez de la Cadiniere en nombre de la entidad BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 7 de noviembre de 2006, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las sentencias de 16 de diciembre de 2005, 17 de febrero de 2006 o 5 de abril de 2006 , por citar alguna de las más recientes, recogen la doctrina general sentada por esta Sala en casos similares al ahora examinado, desde diferentes puntos de vista, habiéndose resuelto tanto supuestos en los que el Banco Español de Crédito aparece como demandante, como otros en los que figura como demandado. A modo de síntesis la sentencia de 17 de febrero de 2006 , resume las conclusiones de las sentencias

dictadas sobre la materia, que conviene recoger dado que resultan plenamente de aplicación al caso de autos. En este sentido los planteamientos plasmados en la sentencia de 17 de febrero de 2006 , recogidos mas tarde en la referida sentencia de 5 de abril de 2006, recurso 2503/99 y en la de la misma fecha pero resolviendo el recurso 2517/1999 son los siguientes:

"A) El error y el dolo, como vicios del consentimiento, tienen que hacerse valer por vía de acción, no de excepción. Por tanto, si los alega el demandado será preciso, para poder apreciarlos, que formule reconvencción (sentencia de 2 de noviembre de 2001, con cita de otras siete anteriores de esta Sala sobre la necesidad de formular reconvencción, y sentencias de 30 de septiembre de 2002, 20 de diciembre de 2002 y 16 de diciembre de 2005). De ahí que la única de las sentencias de esta Sala favorable al demandado en la cuestión de que se trata, la de 17 de enero de 2005, tuviera como presupuesto de la desestimación del motivo que combatía la apreciación de dolo el que en ese caso el demandado hubiera formulado la oportuna reconvencción.

B) La operación se presentaba muy ventajosa para quienes firmaban la póliza de crédito y la carta de asunción de los compromisos ya referidos, pues su fin último era conseguir un lucro legítimo al cabo del tiempo sin tener que hacer desembolso material alguno. Que este fin no llegar a lograrse es algo que no puede teñir retroactivamente de ilicitud a la causa lucrativa de la operación ni hacerla desaparecer por frustración de la finalidad última perseguida, ya que no cabe confundir la causa del contrato como elemento esencial para su validez con el buen fin de la operación o consecución del lucro inicialmente proyectado, y menos todavía cuando éste dependía necesariamente de las fluctuaciones inherentes a los valores negociables en bolsa, siendo inimaginable que los demandados hubieran solicitado la nulidad de los respectivos contratos si la cotización de las acciones compradas hubiera evolucionado favorablemente permitiéndoles cancelar el crédito en la forma inicialmente proyectada (sentencias de 28 de mayo de 2001 y 2 de noviembre de 2001).

C) Por muy parecidas razones no cabía apreciar error ni dolo como causa de anulabilidad de los correspondientes contratos fundada en el desconocimiento por los demandados de la verdadera situación del Banco demandante o en la notoriedad de la misma, pues, de un lado, entre la fecha de aquéllos, 28 de febrero de 1989, y el año en que fue intervenida la entidad bancaria, 1993, medió un considerable periodo de tiempo, durante el cual incluso llegó a subir la cotización de las acciones, y, de otro, aceptar semejante planteamiento equivaldría a considerar nula o anulable toda compraventa de acciones cuya cotización no se correspondiera en el momento de la operación con la verdadera situación patrimonial de la sociedad en ese mismo momento, algo que resulta incompatible con el funcionamiento del mercado de valores y que produciría el caos en forma de sucesivas nulidades retroactivas de las operaciones bursátiles cada vez que una compañía entrara en crisis (sentencias de 2 de noviembre de 2001, 30 de septiembre de 2002, 20 de diciembre de 2002 y 16 de diciembre de 2005).

D) La carta que habían firmado los luego demandados al mismo tiempo que la póliza de crédito no era tanto una prohibición de disponer ni una garantía incardinable en el hoy derogado *art. 167 C.Com* . como la asunción de determinados compromisos que en ningún caso impedían a aquéllos vender las acciones antes del día pactado para, así, cancelar el crédito anticipadamente (sentencias de 28 de mayo de 2001, 2 de noviembre de 2001 y 16 de diciembre de 2005).

E) El hecho de que los luego demandados no recibieran el dinero físicamente ni tampoco tuvieran en su poder los títulos representativos de las acciones compradas en nada desvirtuaba la realidad de la operación, explicada tanto por las anotaciones en cuenta, como sustitutivas del papel, cuanto por ser el Banco propietario y vendedor de los títulos a la vez que entidad encargada de la financiación del negocio, legitimado por ello para cargar en cuenta el valor de las acciones (sentencias de 28 de mayo de 2001 y 30 de septiembre de 2002).

F) Finalmente, también es rechazable la nulidad de pleno derecho, fundada en el *art. 6.3 CC* por infracción de diversas normas imperativas y prohibitivas, porque las acciones fueron compradas por los demandados, no por el propio Banco; la jurisprudencia se ha guiado siempre en esta materia por criterios de prudencia y flexibilidad; y en fin, en bastantes de los litigios se daba el contrasentido de que los demandados pretendieran liberarse de su deuda pero subsistiendo la titularidad de las acciones a su favor (sentencias de 28 de mayo de 2001, 2 de noviembre de 2001, ésta con examen de un motivo en el que se alegaba la circular del Banco de España 8/89, y 6 de junio de 2002)."

Al margen de las sentencias citadas y las que en aquellas se contienen, conviene recoger igualmente la sentencia de esta Sala, de fecha 10 de enero de 2005 que si bien no estima el recurso interpuesto por el Banco Español de Crédito, lo hace por no respetar las exigencias del *artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y por plantear una cuestión nueva, dejando sentado igualmente en aquella sentencia

que apreciado por el Tribunal de Instancia la existencia de dolo y combatiéndose en casación los elementos fácticos, los mismos son inamovibles en sede casacional, sin que contraríe por lo expuesto la Jurisprudencia anterior sobre la materia.

SEGUNDO.- En el presente caso, la relación de hechos es la siguiente: El día 28 de diciembre de 1993 se adquieren por conducto del Banco Español de Crédito, en virtud de una orden de compra del actor, 3.500 acciones de Banesto, mediante el desembolso de 7.019.250 pesetas, financiadas mediante tres letras de cambio, cuyas fechas de vencimiento eran 31 de marzo y 29 de junio de 1994. En fecha 2 de febrero de 1.994 se procede por el actor a la venta de las referidas acciones por importe de 2.966.062 pesetas. Del mismo modo, con fecha 4 de noviembre de 1.993, el demandante ordenó a la entidad demandada, que realizara una opción de compra de divisas, concretamente, de dólares, verificándose por el Banco.

Don Gerardo demandó a BANESTO, instando la nulidad del contrato de compra de acciones, así como de la opción de compra de divisas, reclamando las cantidades que constan en la demanda.

Tanto la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, como la de la Audiencia Provincial de Madrid, que confirma aquella, absuelven al demandado de las pretensiones de la demanda. Contra esta sentencia se formula el presente recurso de casación.

TERCERO.- El motivo primero de casación se funda en la infracción del *artículo 255 del Código de Comercio* al considerar el recurrente que el Banco no cuidó el negocio como propio, incumpliendo las obligaciones del comisionista.

No obstante la referida alegación, la Sala de Apelación ha consignado cómo la entidad Banesto, siguiendo la orden dada por el comitente referida a la compra de acciones, realizó correctamente el encargo recibido, en el momento en que las acciones bajaron su cotización a 2.000 pesetas el día 28 de diciembre de 1.993, "no siendo responsable de la operación especulativa puesto que como mandatario era ajena a ella" (sic). Por lo tanto, cumplimentado el encargo por el comisionista en los términos acordados por el comitente, según consideró la Audiencia, sin que se combata ello en casación, ninguna irregularidad puede apreciarse en su actuación en los términos propuestos por la parte. Por ello, el motivo se desestima.

CUARTO.- El motivo segundo acusa la infracción del *artículo 57 del Código de Comercio*, al entender que el Banco obró de mala fe tergiversando las instrucciones del recurrente.

Este precepto supone una reiteración de los argumentos expuestos en el motivo anterior, por cuanto que de nuevo cuestiona el recurrente la actuación del Banco, alegando que éste actuó de mala fe. No se ha apreciado por la Sala de apelación, de acuerdo con lo consignado en el Fundamento anterior mala fe en la actuación del Banco, ni la revisión de los presupuestos fácticos tenidos en cuenta en la sentencia impugnada para valorar la diligencia de Banesto en su actuación pueden ser objeto de casación.

Por lo expuesto, el motivo sucumbe.

QUINTO.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción del *artículo 59 del Código de Comercio*, alegando que su consentimiento está viciado puesto que desconocía las auténticas circunstancias de Banesto.

Al igual que sucede con el anterior motivo, procede la desestimación del ahora analizado en base a que la apreciación de los presupuestos fácticos del dolo corresponde a los órganos de instancia (Sentencia de 30 de septiembre de 2002). Por otro lado, tal y como ha señalado esta Sala en sentencias de 28 de Mayo y 2 de noviembre de 2001 la pretensión de declaración de nulidad de las operaciones de compraventa de acciones en las que la cotización no se correspondiera en el momento de la operación con la verdadera situación patrimonial de la sociedad, conllevaría constantes nulidades retroactivas de las operaciones bursátiles, incompatible con el funcionamiento de los mercados financieros.

SEXTO.- Procede agrupar el análisis de los motivos cuarto, quinto y sexto, por cuanto a través de los mismos y sobre la base de denunciar la infracción de los *artículos 1.265, 1.261, 1.269 y 1.270*, vuelve a incidir en la buena fe del recurrente, en la situación en que se encontraba el Banco y en la nulidad del contrato por error en el consentimiento y dolo en la actuación de la entidad demandada.

A pesar de que a este motivo ya se le ha dado respuesta al consignar la doctrina reiterada de la Sala expuesta en el Fundamento de Derecho Primero de la presente resolución, conviene descender al caso concreto en el que la parte, para sostener la existencia de dolo, afirma que resulta inconcebible que una persona pueda adquirir acciones el mismo día en el que se suspende su cotización oficial, aludiendo en el

motivo a la situación en la que se encontraba el Banco.

Según afirma el recurrente, la conclusión a la que ha de llegarse con este razonamiento es a la nulidad del consentimiento por él prestado y por ende, del contrato.

De acuerdo con la doctrina de la Sala, las razones que conducen a la desestimación de los motivos son las siguientes: en primer lugar, que la existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de vicios del consentimiento -*art. 1265* -, es cuestión de mero hecho y como tal su constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuya apreciación obtenida a través de la valoración de la prueba practicada ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, denunciando la existencia de error de derecho con invocación de la norma valorativa de la prueba que pueda considerarse infringida (SSTS 18 de julio de 1996, 26 de febrero de 1998 entre otras muchas), y en segundo lugar, por la improcedencia declarada por esta Sala de decretar nulidades en este tipo de operaciones cuando la cotización de las acciones no se corresponda con la verdadera situación financiera de la entidad.

En el presente caso la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria rechazó la argumentación del demandado al entender que Banesto cumplió correctamente sus obligaciones contractuales, sin que antepusiera sus intereses a los del cliente y a que el contrato era plenamente válido por concurrir todos los elementos del *artículo 1.261 del Código Civil*, no apreciando la concurrencia de dolo, ni error por cuanto que el recurrente que dió la orden de compra el día 1 de diciembre de 2003, "no se valió de una concreta información sobre la situación patrimonial y financiera de Banesto", que hubiere sido determinante de su inversión bursátil"(sic), hechos no combatidos en casación.

Consecuentemente, reiterando lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, no habiendo apreciado la Audiencia las circunstancias apuntadas por el recurrente y siendo inamovible el "factum" en casación, el motivo periclita.

SÉPTIMO.- Los motivos séptimo, octavo y noveno del recurso denuncian la infracción de los *artículos 1300, 1303 y 1.306 del Código Civil*, invocando el primero de ellos de forma subsidiaria y el segundo y tercero como consecuencia de la nulidad que aduce ha de producirse por los argumentos ya analizados. Siendo estos motivos reiteración de los anteriores y descartados los mismos, habiendo apreciado esta Sala la existencia de causa en contratos similares al que nos ocupa (sentencias de 10 de mayo o 2 de noviembre de 2001 entre otras) y admitiendo la Audiencia la licitud de la operación crediticia, el motivo decae.

OCTAVO.- El décimo motivo del recurso, referido ya a la compra de dólares, invoca la infracción de los *artículos 10.1 apartados a) y c) y 10.2; 10 bis.1 párrafo primero y 2; 13.1 apartado d) y Disposición Adicional Primera 20 todos ellos de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios*.

Lo que sostiene la parte a través de esta alegación, es la nulidad de la operación de compra de divisas, acusando infracción de los citados preceptos al no habersele facilitado un borrador del contrato y comportar desequilibrio entre las prestaciones de las partes.

No obstante, esta Sala ya se ha pronunciado en el sentido de declarar que el problema analizado poco o nada tiene que ver con la defensa de los consumidores y usuarios, puesto que la operación en la que intervino el recurrente tiene carácter claramente especulativo, cuya frustración final no puede trasladar retroactivamente la operación crediticia a ese ámbito normativo protector.

Por lo expuesto el motivo se desestima.

NOVENO.- El motivo undécimo, fundado en la infracción de en los *artículos 4.1; 14.2*; y Anejo *artículos 1,2,5.1 y 3 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo* relativo a Normas de Actuación y Registros Obligatorios de los Mercados de Valores, vuelve a incidir en la mala fe y el dolo de Banesto esta vez en relación a la normativa del mercado de valores.

Al igual que los motivos anteriores, éste debe ser rechazado y ello, de un lado, porque calificado por la Audiencia el contrato como contrato sobre mercados futuros, esta Sala ha declarado que estas figuras contractuales están sometidas a los riesgos que entraña la variación de precios del mercado (Sentencia de 14 de julio de 1998), y de otro lado, como recoge la Audiencia, fue firmado por el ahora recurrente el documento de confirmación, mostrando su aquiescencia con la operación cuestionada, y, por último, por cuanto que la parte pretende de nuevo cuestionar la valoración probatoria realizada en la instancia afirmando que el Banco no actuó con la debida diligencia en la operación, cuestión ajena al ámbito

casacional y que rechazada en la instancia no ha de ser acogida en esta sede.

Por lo expuesto el motivo ha de perecer.

DÉCIMO.- El motivo duodécimo del recurso alega la vulneración de todos los preceptos alegados como infringidos en la primera pretensión del recurso, esto es, relativa a la operación de compra de acciones, pero referida en este caso a la operación de compra de divisas.

Tal planteamiento adolece obviamente de la exigible técnica casacional, que demanda la formulación y fundamentación clara, separada y precisa de las infracciones que se estimen concurrentes, no siendo función de esta Sala suplir las carencias en la exposición de los recursos, pues por el contrario incumbe a la parte recurrente la formulación de los mismos con claridad, rigor expositivo y fundamentación ordenada y suficiente, separando debidamente los motivos invocados, a cada uno de los cuales deben corresponder unos razonamientos diferentes sobre su pertinencia y fundamentación, todo ello desde la superior consideración de que el recurso de casación no es en modo alguno una tercera instancia. Si bien lo expuesto determinaría por sí solo la desestimación del motivo, ha de insistirse en que, denunciando el motivo todas y cada una de las infracciones examinadas en los motivos precedentes, han de rechazarse en este caso por sus propios argumentos.

Por lo expuesto, el motivo fenece.

UNDÉCIMO.- La desestimación de los motivos origina la declaración de no haber lugar al recurso, con imposición de costas al recurrente y pérdida del depósito constituido (*artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* citada).

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Gerardo contra la sentencia de fecha ocho de abril de mil novecientos noventa y nueve dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Cuarta, en autos, juicio de menor cuantía número 302/96 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Las Palmas de Gran Canaria por D. Gerardo contra "BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A.", con imposición a dicho recurrente de las costas causadas en el presente recurso y pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal; 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 .- XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.- ANTONIO SALAS CARCELLER.- JOSÉ ALMAGRO NOSETE.- RUBRICADOS. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Almagro Nosete, 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.