

Id Cendoj: 28079110012006100890
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 5117/1999
Nº de Resolución: 888/2006
Procedimiento: CIVIL
Ponente: VICENTE LUIS MONTES PENADES
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Comisión de cobro sobre letra de cambio entregada a Corredor de Comercio que la entrega a una financiera, y ésta a su vez a otra Agencia que la cobra de la entidad aceptante pero no entrega los fondos obtenidos. Responsabilidad del Corredor. Inaplicación de la Ley 24/1988, reguladora del Mercado de Valores. Sustitución o delegación no autorizadas.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Septiembre de dos mil seis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Alejandro González Salinas, en nombre y representación de D. Juan Pedro , contra la Sentencia dictada en nueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga en el Recurso de Apelación nº 401/98 dimanante de los autos de Juicio de Menor cuantía nº 569/95 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Málaga. Han sido partes recurridas D^a. Bárbara y Elisa , representados por la Procuradora D^a. María Eugenia Fernández-Rico Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D^a Bárbara y D^a Elisa formularon demanda contra D. Juan Pedro , en reclamación de la cantidad de 8.770.000 pesetas, más intereses legales y costas del procedimiento. Correspondió conocer del litigio al Juzgado de Primera Instancia de Málaga nº 7, en Autos de juicio de menor cuantía nº 569/95 . El demandado compareció y se opuso, solicitando la absolución.

SEGUNDO.- Por Sentencia que dictó el expresado Juzgado en 16 de febrero de 1998 la demanda fue estimada en su integridad, y el demandado fue condenado a pagar la cantidad reclamada, más los intereses legales y las costas.

TERCERO.- Apeló el demandado, y conoció de la alzada la Sección 4^a de la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, Rollo 401/1998. En 9 de noviembre de 1999 dictó Sentencia por la que desestimó el recurso, confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia e impuso al recurrente las costas de la alzada.

CUARTO.- Contra la expresada Sentencia interpuso Recurso de Casación la parte que fue demandada y apelante. Formula al efecto cinco motivos, cuatro de ellos por el cauce del ordinal 4º, y uno por el del ordinal 3º, del *artículo 1692* LEC. El Ministerio Fiscal se opuso a la admisión del motivo Cuarto. El Recurso fue admitido por Auto de 4 de diciembre de 2001 . Oportunamente la parte recurrida ha presentado escrito de oposición.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- I.- Para una síntesis del debate sostenido en la instancia es oportuno tener en cuenta los datos que se van a reseñar.

1.- Las actoras basan su reclamación en el hecho de que depositaron en la Agencia del demandado, Corredor de Comercio, una letra de cambio por importe de 8.770.000,- pesetas, con la finalidad de que se procediera a su cobro llegado su vencimiento.

2.- Se trataba, como señala la Sentencia recurrida, de una letra de cambio de clase 1ª, serie OA, número 0033815, aceptada por "Empresa Nacional Siderúrgica, S.A. (Endesa)", por importe de 8.770.000 pesetas, librada el 10 de junio de 1988, con vencimiento en 10 de marzo de 1993, por la que se abonaron 6.180.000 pesetas, con un interés del 9% anual.

3.- El demandado, como destaca la Sentencia recurrida, entregó una fotocopia de la letra, al pie de la cual hizo constar con su sello profesional : "Esta fotocopia coincide fielmente con su original, el cual queda en mi poder en gestión de cobro al vencimiento, o bien será canjeada a solicitud del portador de la presente"

4.- Llegado el vencimiento, las actoras no recibieron la cantidad prevista y, al solicitar las explicaciones pertinentes, se les dijo que la letra de cambio había sido entregada a la entidad SEFISUR para gestión de su cobro, y que esta entidad la había entregado con igual finalidad a un grupo financiero (Agencia ATHOS, de Barcelona) que se habría apropiado del importe de la letra, por lo que se seguían en Barcelona las oportunas Diligencias Previas.

5.- El demandado era apoderado de SEFISUR.

II.- El Juzgado de Primera instancia, entre otros extremos, entendió que nos hallamos ante una "comisión de cobranza", aplicó los *artículos 252, 259 y 261 CCom., 43 y 84 de la Ley Cambiaria y del Cheque, 1101, 1103 y 1108 del Código civil* , así como el *artículo 921 LEC* y consideró que se había infringido el deber de custodia que imponen los *artículos 306 y 266 del CCom* . aplicables al contrato de gestión de cobro, por lo que condenó al demandado en los términos ya indicados.

III.- Respecto del Recurso de Apelación, conviene destacar cuanto sigue:

1.- El demandado apelante sostuvo: (a) que no había recibido encargo alguno, ni remuneración ni provisión de fondos, ya que la letra se entregó a SEFISUR (entonces en liquidación); (b) que el importe se lo ha apropiado la "Agencia Athos" de Barcelona.

2.- La Sala no considera probado que las actoras encomendasen el cobro a SEFISUR, ni que autorizaran al Corredor a que sustituyese el encargo.

3.- La Sala de instancia entendió estar ante un contrato de gestión de cobro, que el *artículo 277 CCom.* presume retribuido, en el que no es relevante que no se haya percibido la retribución, ya que no se viene a pagar hasta que las operaciones llegan a buen fin, y acude también a los *artículos 304, 306 y 308 del mismo Código* para señalar que el contrato de depósito se presume remunerado y para precisar las obligaciones del depositario respecto de la conservación de la cosa depositada y para realizar el valor de los títulos, valores, efectos o documentos depositados.

4.- Destaca la Sala de instancia que, a tenor de lo dispuesto en los *artículos 261 y 262 del CCom. y 1721 CC* el comisionista responde por la gestión del sustituto cuando no se nombró bajo autorización del comitente o quedó a su elección la persona que debía de nombrar.

5.- La Sala estima que han de imputarse al demandado los daños y perjuicios generados por su actuación, pues no hay que entender que fuese un mero intermediario que designó SEFISUR, sino que el encargo le fue conferido personalmente.

SEGUNDO.- En el Primero de los motivos del recurso, por el cauce del ordinal 4º del *artículo 1692 LEC*, se denuncia la infracción de los *artículos 2,62,63 y 64 de la Ley 24/1988, de 28 de julio*, reguladora del Mercado de Valores.

La tesis del recurrente tiene por base una pretendida imposibilidad de negociar la letra de cambio indicada a título personal por el Corredor de Comercio, puesto que la letra en cuestión es un valor negociable, con arreglo al *artículo 2 de la repetida Ley 24/1988* , que reserva los servicios de inversión y negociación de esta clase de "valores" a las empresas de servicios de inversión.

El motivo se desestima por tres razones fundamentales. Ante todo, porque se trata de una cuestión nueva, no tratada en la instancia, que tiene por tanto vedado el acceso a la casación, como tantas veces ha

dicho esta Sala, pues su consideración vulneraría los principios de audiencia bilateral y de congruencia, así como los de eventualidad y preclusión, produciendo indefensión en la otra parte (Sentencias de 21 de abril de 2003, 23 de mayo de 2002, 30 de marzo y 31 de mayo de 2001, 27 de mayo y 3 de junio de 2004, 25 de febrero, 31 de marzo y 15 de abril de 2005 , entre las más recientes).

En segundo lugar, por cuanto se enfrenta con los hechos probados por la Sala de instancia. Como tantas veces ha dicho esta Sala (Sentencias de 28 de octubre de 2004, 31 de mayo de 2000, 12 de abril de 2003 , etc.) la casación no es una tercera instancia, ni revisa el soporte fáctico, sino que valora la correcta aplicación del ordenamiento. No cabe, por ello, hacer supuesto de la cuestión, esto es alterar los datos fácticos sin combatir la apreciación de la prueba (Sentencias de 9 de mayo, 13 de septiembre y 21 de noviembre de 2002, 31 de enero y 3 de mayo de 2001, 30 de noviembre de 2004 , entre tantas otras), pero la valoración probatoria solo puede excepcionalmente acceder a la casación mediante un soporte adecuado, ora en la doctrina constitucional sobre el error patente o la arbitrariedad, o bien mediante el error en la valoración de la prueba, con la mención de la norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (Sentencias de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril y 9 de mayo de 2005 , etc.). En defecto de todo ello, como ocurre en este caso, la valoración de la prueba es soberanía de la instancia y queda fuera de la casación (Sentencias de 8 y 29 de abril y 9 de mayo de 2005 , entre las más recientes).

En tercer lugar, porque no parece que quepa aplicar a una letra emitida antes de la publicación de la *Ley 24/1988 el régimen de esta ley* y, en efecto, la letra, según ha quedado dicho, se libró en 10 de junio de 1988, en tanto que la operación se suscribió en 15 de julio de 1988. En todo caso, antes de la publicación de la ley y de su vigencia.

TERCERO.- En el Motivo segundo, por la vía del ordinal 4º del *artículo 1692 LEC 1881* , denuncia el recurrente la infracción del *artículo 1249 del Código civil* , según dice, "en cuanto la resolución recurrida presume la onerosidad de la gestión de cobro de un efecto llevada a cabo por el Corredor de Comercio".

El motivo no puede prosperar. Ante todo, porque está defectuosamente formulado. El *artículo 1249 CC*, como ha dicho la Sentencia de 12 de abril de 2004 , establecía que "las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado". Si se pretende - sigue diciendo la citada Sentencia, recogiendo doctrina que cabe encontrar en otras muchas, como las de 18 de septiembre y 27 de noviembre de 2003- que el juzgador ha infringido dicho precepto por aplicación indebida es porque se entiende que tomó como probado, o admitido, un hecho base que no fue debidamente fijado. Para combatir en casación tal hecho-base, sobre el que se asienta la operación intelectual en que la presunción consiste, es preciso plantear error en la valoración de la prueba con cita del precepto legal probatorio que se estima infringido, lo que no se ha hecho. Basta con ello para rechazar el motivo.

Por otra parte, el recurrente parece buscar la aplicación de los *artículos 250 y 304 CCom.*, confundiendo el carácter oneroso de la relación con el presupuesto de la provisión de fondos, y se refiere a la presunción que cabe deducir del supuesto de hecho del *artículo 277 CCom.*, en cuanto concede al comisionista la facultad de reclamar el "premio de comisión" salvo pacto en contrario. Pacto cuya existencia no ha probado, como constata la Sala de instancia, a pesar de que le correspondía, en función de las reglas de distribución de la carga de la prueba (*artículo 1214 CC, ahora 217.2 LEC*).

Por cuyas razones se ha de desestimar el motivo.

CUARTO.- En el motivo tercero del recurso, por la vía del ordinal 3º del *artículo 1692 LEC 1881* , se denuncia la "infracción omisiva" del *artículo 1214 CC*, "en relación con los *artículos 1218, 1225, 1228, 1244 y 1248 del Código civil* " así como de la jurisprudencia que se cita, "al considerar - dice el recurrente- que no se ha justificado debidamente la prueba de la excepción litisconsorcial introducida en la alzada".

El motivo se desestima. Dejando de lado que debía haberse introducido por el ordinal 4º, y no por el 3º, del *artículo 1692 LEC 1881* , ha sido redactado de modo confuso, prescindiendo de las exigencias de claridad y precisión que señala el *artículo 1707 LEC 1881* . El recurrente trata de demostrar que debía haber sido llamada a juicio SEFISUR, S.A. y, al efecto, dice que la Sala de instancia ha ignorado la prueba practicada en la apelación. Pero es más exacto que la Sala ha valorado el intento probatorio de la parte apelante y hoy recurrente en el sentido de señalar que no consigue convencer, como es de ver en el Fundamento Jurídico Segundo, donde se destacan los datos de hecho que se estiman cruciales y se hace hincapié en el documento de recepción (Vide antes, Fundamento Jurídico Primero, I, 3). Y no cabe frente a ello denunciar la infracción del *artículo 1214 CC* en cuanto pudiera estimarse que se hace recaer sobre una

parte las consecuencias de la falta de prueba de la afirmación de un hecho cuando incumbiera probar a la otra parte. No es lo que ocurre en el caso, pues la prueba era, como antes se ha dicho, carga de la demandada y apelante: baste ver el documento al que nos acabamos de referir. La denuncia de un error en la valoración de la prueba, por otra parte, debería hacerse señalando en concreto qué documento o que otra prueba ha sido desconocido o no tenido en cuenta, indicando la infracción de la exacta norma valorativa que haya resultado vulnerada. (Sentencias de 16 de marzo de 2001, 8 y 21 de abril, 9 y 23 de mayo de 2005), pues, como ha dicho la Sentencia de 29 de abril de 2005 , con cita de otras muchas decisiones, no cabe un examen o revisión total de la apreciación de la probatoria realizada en la instancia, ni tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente, y la denuncia en casación del error de valoración de la prueba exige la cita del precepto legal de prueba que se estima conculcado.

QUINTO.- En el cuarto motivo de casación, por el cauce del ordinal 4º del *artículo 1692 LEC 1881*, denuncia el recurrente la infracción del *artículo 255 CCom.* y de la jurisprudencia que cita, "en cuanto - dice - el comisionista ha realizado todas las funciones que le correspondían, sin asumir por ello responsabilidad alguna".

El motivo se desestima. Dice el recurrente que el comisionista actuó "conforme a las normas y a los usos habituales del comercio y con toda prudencia". Con lo que incide en el vicio procesal conocido como hacer supuesto de la cuestión, pues se enfrenta con la estimación de hechos probados que realiza la sentencia recurrida sin atacar el resultado de la prueba ni demostrar la existencia de error patente o arbitrariedad, conforme a lo que ya se ha indicado en el Fundamento Jurídico Segundo, y se da aquí por reproducido.

En el caso, además, ha de ponerse de relieve que la entidad aceptante de la letra de cambio la pagó a su vencimiento, y que el delegado o sustituto de segundo grado que la cobró se apropió de los fondos obtenidos, y entró en quiebra, en tanto que el primero de los delegados (Sefisur, S.A.) se encuentra en liquidación. Estamos ante un supuesto de responsabilidad del comisionista de cobro que cabe subsumir en los *artículos 262 CCom y 1721 CC*, ya que nos encontramos con un delegado o sustituto (pues el mandatario ha hecho intervenir a un tercero sin desligarse de la relación simplemente traspasándole el encargo recibido, como se perfila en las Sentencias de 14 de diciembre de 1943 y 2 de marzo de 1992) que no fue nombrado bajo la autorización del comitente y que, en todo caso, ha resultado ser "notoriamente insolvente".

SEXTO.- En el motivo quinto, por el cauce del ordinal 4º del *artículo 1692 LEC 1881* , denuncia el recurrente la infracción de los *artículos 69 y 70 de la Ley 24/1988 de 28 de julio* , reguladora del Mercado de Valores, que "prohíbe la intervención del Corredor de Comercio en operaciones reservadas a las sociedades y agencias de valores" y la aplicación indebida del Decreto de 15 de diciembre de 1950 regulador del Arancel de los Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio.

El motivo se desestima. Ante todo, estamos otra vez ante una cuestión nueva que, como antes se ha razonado (Fundamento Jurídico Segundo) no es admisible en casación. Como antes se ha indicado, además, no cabe aplicar a una operación convenida con anterioridad, sobre un efecto librado también con anterioridad a la publicación de la *Ley 24/1988* , que además entraba en vigor seis meses después de su publicación (a finales de enero de 1989), y según qué preceptos, más tarde, e incluso algunos preceptos exigían desarrollo reglamentario (*Disposición Final 1ª*), el régimen establecido en la propia *Ley* , carente de previsiones sobre Derecho Transitorio que implicaran algún grado de retroactividad sobre las operaciones en curso, ni en cuanto a la emisión o al carácter de "valor negociable" del efecto ni en el aspecto al que se refiere el motivo. Por otra parte, mal puede infringir por aplicación indebida el Arancel una sentencia que en absoluto lo aplica, a lo que se de añadir que no caber alegar en casación normas de carácter reglamentario, a menos que su razón de ser se encuentre en el desarrollo de una ley, en cuyo caso cabe citarlas con la norma legal que les sirve de cobertura (Sentencias de 30 de septiembre de 1991, 21 de abril y 29 de junio de 1993 , entre muchas otras).

SÉPTIMO.- La desestimación de los motivos conduce a la del mismo recurso, en los términos prevenidos en el *artículo 1715.3 LEC 1881* , con imposición de costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido.

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

FALLAMOS

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Alejandro

González Salinas en nombre y representación de D. Juan Pedro , contra la Sentencia dictada en nueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación nº 401/98 , imponiendo a dicha parte las costas causadas por su recurso de casación y la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jesús Corbal Fernández .- Vicente Luis Montés Penadés.- Alfonso Villagómez Rodil.-Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Vicente Luis Montés Penadés, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.