



Roj: **STS 3753/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:3753**

Id Cendoj: **28079110012010100458**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/06/2010**

Nº de Recurso: **1798/2006**

Nº de Resolución: **390/2010**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 5619/2006,**
STS 3753/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Junio de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación, interpuesto por METAINVERSION SOCIEDAD DE INVERSION MOBILIARIA,S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Donday Cuevas, contra la sentencia dictada el día 3 de mayo de 2006 por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación número 186/2005, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid con fecha 22 de septiembre de 2004 en el procedimiento ordinario nº 343/1996.

Ante esta Sala se personó la Procuradora de los Tribunales doña María Concepción Donday Cuevas en nombre y representación de la mercantil METAINVERSION SOCIEDAD DE INVERSION MOBILIARIA S.A., en calidad de parte recurrente.

El Procurador de los Tribunales don Jaime Briones Méndez se personó en nombre y representación de MERRILL LYNCH PIERCE FENNER & SMITH INCORPORATED, MERRILL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED y MERRILL LYNCH ESPAÑOLA AGENCIA DE VALORES, S.A., en calidad de partes recurridas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. LA DEMANDA.

1. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid, interpuso demanda de juicio ordinario de mayor cuantía la mercantil METAINVERSIÓN SOCIEDAD DE INVERSION MOBILIARIA S.A, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. M^a Isabel García Martínez, contra MERRILL LYNCH ESPAÑOLA AGENCIA DE VALORES S.A., MERRILL LYNCH PIERCE, FENNER & SMITH INCORPORATED y MERRILL LYNCH INTERNATIONAL BANCK LIMITED. El suplico de la demanda es del tenor siguiente:

" *Dicte Sentencia:*

1º.- *DECLARANDO la obligación de MERRILL LYNCH ESPAÑOLA AGENCIA DE VALORES S.A. de pagar a METAINVERSIÓN S.I.M., S.A. las siguientes cantidades:*

A) UN MILLON OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE DOLARES USA (1.008.339 U.S.D como indemnización de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas por las operaciones realizadas indebidamente a que se refiere el hecho octavo de la demanda.



B) UN MILLON DOSCIENTOS SESENTA MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES DOLARES USA (1.260.333 US.D), como restitución del importe de los valores de la cartera de mi mandante enajenados sin su consentimiento, cuyo importe fue objeto de traspaso a la cuenta de INMOBILIARIA MERIDIONAL, de forma indebida y no autorizada.

C) CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO DOLARES USA (446.495 US.D) como indemnización de daños y perjuicios, consistentes en la revalorización media de la Bolsa de Nueva York desde las fechas en que tales traspasos se produjeron hasta del último índice Dow Jones conocido, es decir, el 18 de marzo de 1996, en concepto de lucro cesante.

D) Los intereses legales de dichas cantidades desde la interposición de la demanda.

2º.- Alternativa y subsidiariamente, DECLARANDO la obligación de dicha demanda y de MERRILL LYNCH PEARCE, FENNER & SMITH INCORPORATED y de MERRILL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED de pagar a METAVERSION S.I.M., S.A, las cantidades antes indicadas, de forma solidaria, o, caso de estimarse más procedente por S.Sª, de forma mancomunada señalándose en tal caso en la sentencia la proporción en que hayan de responder las demandadas."

SEGUNDO: LA CONTESTACIÓN.

2. Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, compareciendo en legal forma y dentro del término concedido, don Antonio Rodríguez Muñoz, en nombre y de "MERRILL LYNCH ESPAÑOLA AGENCIA DE VALORES, S.A." ; y el Procurador de los Tribunales don Jaime Briones Méndez, en representación de "MERRILL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED" y "MERRILL LYNCH PIERCE, FENNER & SMITH INCORPORATED", que formularon, sin contestar a la demanda, excepción dilatoria de falta de jurisdicción de los tribunales civiles españoles para conocer de este proceso, al amparo del artículo 533.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y excepción dilatoria de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, al amparo de lo previsto en el artículo 533.8º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los siguientes términos:

"Que, teniendo por presentado este escrito, con sus documentos, y copia de todo ello, se sirva admitirlo, unirlo a los autos, tenga por formulada excepción dilatoria de falta de jurisdicción de los Juzgados y tribunales civiles españoles para conocer de este juicio, así como excepción dilatoria de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje y, tras los oportunos trámites, dicte auto por el que, estimando dichas excepciones, se absuelva en la instancia a nuestras representadas "MERRILL LYNCH ESPAÑOLA AGENCIA DE VALORES, S.A.", "MERRILL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED" Y "MERRILL LYNCH PIERCE, FENNER & SMITH INCORPORATED", sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, con expresa condena en costas a la demandante."

3. Las excepciones dilatorias fueron desestimadas por auto de fecha 10 de septiembre de mil novecientos noventa y nueve cuya parte dispositiva acuerda:

"Desestimar las excepciones dilatorias interpuestas por la representación procesal de las partes demandadas, haciéndoles saber que deberán a la demanda en el plazo de diez días"

4. Desestimadas las excepciones dilatorias el Procurador, don Jaime Briones Méndez, en representación de MERRILL LYNCH ESPAÑOLA AGENCIA DE VALORES, S.A., MERRILL LYNCH PIERCE, FENNER & SMITH INCORPORATED y MERRILL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

" dicte sentencia por la que, con entera desestimación de la demanda presentada por "METAVERSION SIM, S.A, absuelva a mis representadas de todos y cada uno de los pedimentos contenidos en el suplico de la misma, haciendo expresa imposición a "METAVERSION SIM, S.A." de las costas causadas."

TERCERO: LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

5. EL Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid, dictó Sentencia el día 22 de septiembre de 2004 , con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda presentada por METAVERSION SOCIEDAD DE INVERSION INMOBILIARIA, contra MERRILL LYNCH ESPAÑOLA AGENCIA DE VALORES, debo condenar y condeno a esta a que abone al actor la cantidad de 1.706.828 U.S.D. más el interés legal de dicha cantidad desde la fecha de interposición de la demanda. Absolviendo a MERRILL LYNCH PIERCE, FENNER & SMITH INCORPORATED Y MERRILL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED, de las peticiones contra ellas formuladas. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN.

6. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación, la Procuradora de los tribunales doña Concepción Donday Cuevas, en nombre y representación de METAVERSION SOCIEDAD DE INVERSION INMOBILIARIA.

7. Sustanciada la apelación la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia con fecha 3 de mayo de 2006 , con el siguiente fallo:

"Desestimamos el recurso de apelación, interpuesto por la representación procesal de METAINVERSION S.A. SOCIEDAD DE INVERSION MOBILIARIA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 6 de los de esta Villa, en sus autos Nº 343/96, de fecha veintidós de septiembre de dos mil cuatro.

Estimamos el recurso de apelación, interpuesto por la representación procesal de MERRILL LYNCH ESPAÑOLA AGENCIA DE VALORES S.A., MERRILL LYNCH PIERCE, FENNER & SMITH INCORPORATED, Y MERRILL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED, CONTRA LA SENTENCIA IDENTIFICADA EN EL PARRAFO ANTERIOR.

Revocamos dicha resolución, y sustituimos su fallo por el siguiente:

1º.- DESESTIMAMOS íntegramente la demanda articulada por la representante procesal de METAINVERSION S.A. SOCIEDAD DE INVERSION MOBILIARIA CONTRA MERRYLL LYNCH ESPAÑOLA AGENCIA DE VALORES S.A. MERRILL LYNCH PIERCE, FENNER & SMITH INCORPORATED, Y MERRILL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED.

2º.- ABSOLVEMOS a los demandados de las pretensiones formuladas contra ellos.

3º.- IMPONEMOS a la actora las costas de 1ª Instancia, y las de esta alzada causadas por su recurso.

4º.- NO HACEMOS expresa condena en las costas de esta alzada, causadas por el recurso de los demandados.

Hágase saber al notificar esta resolución las prevenciones del art. 248.4 de la LOPJ .

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

QUINTO: EL RECURSO.

8. Anunciado por METAINVERSIÓN S.A. recurso de casación contra la sentencia de apelación, el Tribunal de Instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por la Procuradora doña Concepción Donday Cuevas, lo interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del art. 1.281 del Código Civil .

Segundo.- Infracción del art. 10.5 del código Civil .

Tercero.- Infracción del los arts. 1858 y 1872 del Civil.

Cuarto.- Infracción de los arts. 322 y 323 del Código de Comercio

Quinto.- infracción del art. 12.3 del Código civil y 24.2 de la Constitución Española.

9. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó la Procuradora doña Concepción Donday Cuevas, en nombre y representación de METALINVERSION, S.A., en calidad de parte recurrente.

10. Igualmente se personó el Procurador D. Jaime Briones Méndez, en nombre y representación de "MERRYLL LYNCH PIERCE FENNER & SMITH INCORPORATED, MERRILL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED Y MERRILL LYNCH ESPAÑOLA AGENCIA DE VALORES, S.A, en calidad de partes recurridas, interesando la inadmisión del recurso.

11. Admitido el recurso por Auto de fecha 28 de noviembre de 2008 , el Procurador don Jaime Briones Méndez, en representación de las partes recurridas presentó escrito oponiéndose al mismo.

SEXTO: SEÑALAMIENTO.

12. No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintisiete de mayo de dos mil diez, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: ANTECEDENTES

1. Los hechos.

13. Los hechos que han servido de base a la sentencia recurrida, en síntesis, son los siguientes:

1) En virtud de los contratos de 20 de junio de 1992 y 29 de julio de 1994, la compañía METAINVERSION SOCIEDAD DE INVERSIÓN MOBILIARIA, S.A. (en lo sucesivo también METAINVERSION) depositó sus valores



en la sociedad MERRILL LYNCH PIERCE, FENNER & SMITH INCORPORATED (en lo sucesivo también MERRILL LYNCH PIERCE).

2) Paralelamente el 27 de julio de 1992 METAINVERSION celebró con MERRILL ESPAÑOLA AGENCIA DE VALORES, S.A. (en adelante también MERRILL ESPAÑOLA) bajo el título de Cuenta de Valores Extranjeros con el número 107-07073, cuenta que fue cerrada el siguiente 29 de diciembre de 1992 al cesar MERRILL ESPAÑOLA en la actividad de agencia de valores y ser solamente una sociedad de asesoramiento y enlace con los clientes españoles, hecho que se comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores con fecha 4 de diciembre de 1993.

3) El 8 de junio de 1994 y el 23 de septiembre de 1994, la sociedad inglesa MERRILL LYNCH INTERNATIONAL BANK LIMITED (en adelante también MERRILL LYNCH BANK) concedió a INMOBILIARIA MERIDIONAL, S.A. un crédito de hasta un millón quinientos mil (1.500.000) dólares norteamericanos siendo su vencimiento en fechas 15 de junio y 18 de octubre de 1995, interviniendo METAINVERSIÓN en calidad de "indemnifier"

4) En garantía del cumplimiento de sus obligaciones en calidad de "indemnifier" METAINVERSIÓN pignoró los valores que tenía depositados en la sociedad estadounidense MERRILL LYNCH PIERCE.

5) El 30 de marzo de 1995 METAINVERSIÓN negó su condición de fiador de las obligaciones que del crédito concedido por MERRILL LYNCH BANK a INMOBILIARIA MERIDIONAL S.A. pudieran surgir para la entidad acreditada.

6) MERRILL LYNCH BANK, ante la carta remitida por METAINVERSIÓN consideró que se había producido, un incumplimiento de los contratos de crédito, declaró el vencimiento anticipado de los mismos y en el siguiente mes de mayo procedió a ejecutar la mencionada prenda en la Bolsa de Nueva York para aplicar el producto obtenido con dicha ejecución, al pago de las cantidades adeudadas por INMOBILIARIA MERIDIONAL. S.A..

2. Las pretensiones de METAINVERSIÓN SOCIEDAD DE INVERSIÓN MOBILIARIA, S.A.

14. La compañía METAINVERSION SOCIEDAD DE INVERSIÓN MOBILIARIA, S.A. interpuso demanda contra la compañía MERRILL LYNCH ESPAÑOLA AGENCIA DE VALORES S.A. en los términos transcritos en el primero de los antecedentes de hecho de esta sentencia, interesando en síntesis la condena de la misma a abonarle las siguientes cantidades:

1) Un millón ocho mil trescientos treinta y nueve dólares U.S.A. (1.008.339 U.S.D.) como indemnización de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas por la liquidación de las cinco operaciones de compra efectuadas por la demandada sin su consentimiento ni aprobación,

2) Un millón doscientos sesenta mil trescientos treinta y tres dólares U.S.A. (1.260.333 U.S.D.) importe de los valores de cartera enajenados sin su consentimiento y traspasado su importe a la cuenta de Inmobiliaria Meridional de forma indebida y no autorizada; y

3) Cuatrocientos cuarenta y seis mil cuatrocientos noventa y cinco dólares U.S.A. (446.495 U.S.D.) como indemnización de daños y perjuicios por la revalorización media de la Bolsa de Nueva York desde la fecha en que se enajenan los valores hasta la de demanda.

15. Asimismo solicitó alternativa y subsidiariamente la condena de forma solidaria o de forma mancomunada de las mercantiles Merrill Lynch Pierce, Fenner & Smith Incorporated y Merrill Lynch International Bank Limited.

3. Las sentencias de instancia

16. La sentencia de la primera instancia, en los términos que han quedado transcritos en el antecedente de hecho segundo, en síntesis:

1) Rechazó la primera de las peticiones por entender que las operaciones generadoras de las pérdidas habían sido consentidas por la demandante.

2) Entendió que la carta de METAINVERSIÓN negando su condición de garante de las obligaciones de INMOBILIARIA MERIDIONAL, S.A. no suponía incumplimiento del contrato ni ERA causa de resolución del mismo, por lo que el acreedor no podía proceder contra los bienes del fiador.

3) Declaró que MERRILL LYNCH ESPAÑOLA AGENCIA DE VALORES S.A. tenía la condición de depositaria de la cartera de valores.

17. Recurrida la expresada sentencia por demandante y condenada, en los términos que constan transcritos en el antecedente de hecho tercero, la sentencia de apelación en síntesis:

1) Desestimó el recurso de METAINVERSIÓN.



2) Estimó el recurso de MERRILL LYNCH ESPAÑOLA y desestimó íntegramente la demanda.

4. El recurso.

18. Contra la expresada sentencia ha interpuesto recurso de casación la compañía METAINVERSION SOCIEDAD DE INVERSIÓN MOBILIARIA, S.A. con base en cinco motivos que serán objeto de análisis.

SEGUNDO: ADMISIBILIDAD DEL RECURSO.

19. La recurrida se ha opuesto de nuevo a la admisión del recurso con base en su defectuosa preparación, por haberse citado sin la debida separación en motivos independientes las normas que la recurrente entiende infringidas por la sentencia recurrida, por lo que antes de entrar en el estudio de los concretos motivos de casación, debe analizarse el obstáculo formal común a todos ellos.

20. El contenido específico del escrito de preparación del recurso de casación depende de cuál sea la sentencia impugnada y del vicio que se impute a la misma, y tratándose de un recurso interpuesto al amparo del artículo 477.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tenor de lo que dispone el artículo 479.3 de la propia Ley procesal, únicamente deberá indicar la infracción legal que se considera cometida.

21. Aunque la cita debidamente separada de las normas que la parte entiende infringidas y una adecuada sistematización responden a una adecuada técnica y alejan el riesgo de falta de claridad, en el presente caso se han cumplido los requisitos formales requeridos por la norma, lo que ya fue valorado por esta Sala en el auto de 18 de noviembre de 2008 que ahora se ratifica, ya que la recurrente indicó las infracciones cometidas de forma suficiente para su perfecta identificación.

TERCERO: SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN.

22. Razones sistemáticas aconsejan analizar el primer término el segundo motivo de casación, dada su incidencia en los motivos primero, tercero y cuarto

1. Enunciado y desarrollo del motivo.

23. El segundo de los motivos de casación se enuncia en los siguientes términos:

Infracción del art. 10.5 del código civil y de la jurisprudencia que lo interpreta y desarrolla, recogida, entre otras, en las sentencias de 23 de marzo de 1964, 4 de octubre de 1982, 12 de enero de 1989, 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 16 de julio de 1991 y 17 de julio de 2001.

24. Para argumentar la procedencia del recurso, sostiene:

En el presente caso, el examen de los informe emitidos por los Abogados ingleses (docs. 26, 26 bis, 27 y 27 bis de la contestación a la demanda), permite concluir que en ellos no se acredita la exacta entidad del derecho inglés aplicable, ni su alcance o la interpretación de la norma aplicable, sino son ejercicios voluntaristas donde se suplanta la función del Juez.

2. Valoración de la Sala.

25. Antes de entrar en el estudio del motivo, conviene precisar que, como sostiene la recurrida, el contenido del motivo no tiene nada que ver con el artículo 10.5 del Código Civil, sino con el artículo 12.6 de dicho Código antes de la derogación de su segundo párrafo por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, vigente en el momento de interponer la demanda.

26. No obstante, el error evidente de cita del precepto que se considera infringido no deviene causa de inadmisión cuando la equivocación no impide al Tribunal identificar la infracción denunciada ni redundo en indefensión de la contraria.

27. Para la decisión del motivo conviene sentar las siguientes premisas:

1) Como lógica consecuencia de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el derecho extranjero, históricamente se ha exigido la prueba del mismo -ya en la Tercera Partida, Título XV, Ley XV se refiere a la prueba de la ley o fuero de "otra tierra que fuese de fuera de nuestro Señorío" -, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, exigiéndose, tanto antes en el derogado artículo 12.5 del Código Civil como hoy en el segundo párrafo del artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la prueba de "su contenido y vigencia" -bien que, acorde con el principio de adquisición, la Ley de Enjuiciamiento Civil no pone la prueba a cargo de "la persona que invoque el derecho extranjero".

2) Si de acuerdo con la norma de conflicto española es aplicable el derecho extranjero la exigencia de prueba del mismo no transforma el Derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho, y de ahí que desde la perspectiva probatoria ambas normas afirmen de forma concorde



que el Tribunal puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, a lo que la regla derogada añadía " *dictando al efecto las providencias oportunas*".

3) Desde la perspectiva del control de la aplicación de la norma por la vía de la casación, como afirma la sentencia de 4 de julio de 2006, *"cuando se ha demostrado al Juez cuál es derecho aplicable, éste no puede ser tratado como un mero hecho, porque es un conjunto normas jurídicas y el Juez está obligado a emplear las técnicas jurídicas apropiadas para su interpretación y aplicación y a ello nos lleva el propio tenor del artículo 1692, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , que establecía que el recurso de casación debía fundarse en «la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate» y en este caso, el aplicable es el derecho alemán. La Ley aplicable puede ser infringida, inaplicada, etc. y no debe hacerse diferencia entre derecho extranjero y derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la Ley (artículo 24 CE), además de infringir la norma conflictual española. Sin embargo, la doctrina formulada en un recurso de casación por infracción del derecho extranjero no deba ser tenida como doctrina legal a los efectos del artículo 6.1 del Código civil , sin perjuicio de que pueda servir de pauta en posteriores conflictos ante los Tribunales españoles producidos en problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas"*.

4) No cabe confundir la prueba de "legislación" vigente en un determinado territorio, con la prueba "del derecho" aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el "common law".

5) En relación con los medios de prueba del derecho extranjero, la referida sentencia de 4 de julio de 2006 pone de relieve la posibilidad de utilizar *"todos los medios de prueba a su alcance"*, enumerando entre ellos a los siguientes: *"a) documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones, aunque esta prueba sólo se limita al texto de la norma vigente, pero elude su interpretación muy necesaria en cualquier litigio; b) «mediante testimonio conforme de dos jurisconsultos del país respectivo aportado por los autos» (sentencia de 3 febrero 1975, aunque la de 9 noviembre 1984 entendió que las conclusiones de los jurisconsultos no son vinculantes), lo que resulta perfectamente admisible en virtud del propio artículo 12, 6 CC . Pero en este punto, el artículo 12, 6.2 CC admite que el Juez utilice sus propios conocimientos, aunque nunca podrá suplir la prueba del derecho extranjero, sino que podrá recabar de las partes que se le aporten los documentos correspondientes. Así la sentencia de 17 marzo 1992 señala que «no obstante la conveniencia de practicarla para mayor ilustración del órgano jurisdiccional, puede ser conocido y aplicado de oficio por el órgano jurisdiccional o simplemente acreditado por medio de la aportación de las fotocopias de la Gazetta ufficiale, como ha ocurrido en el presente caso».*

28. En el caso objeto de recurso el contenido y vigencia del derecho aplicable ha sido demostrado por dos "afidávit" o declaraciones juradas cuya eficacia probatoria, bien que en conjunción con el resto de datos, ha sido reconocida de forma expresa por esta Sala en el auto de 20 de enero de 2004 (Exequatur número 131/2001).

29. En el fundamento de derecho séptimo de la sentencia recurrida, la Audiencia ha descrito la prueba practicada y atenuadas observaciones sobre la que no se ha practicado:

(..) el actor no nos ha traído ningún informe sobre la materia, y en cambio el demandado nos ha traído dos informes (Afidávit): uno de la firma Dibb Lupton Alsop, y otro de la firma Linklaters que vienen a coincidir en varios puntos esenciales. El primero, que las condiciones generales se integran en el contrato, y forman parte inescindible de su contenido. El segundo, que la garantía está perfectamente constituida, entendiéndose que basta el depósito de los valores pignorados en poder de alguna de las sociedades del grupo. El tercero, que la carta de 30-3--1995 f.73 Vtº es un caso de incumplimiento que faculta para la ejecución de la prenda.

30. Seguidamente, en contra de lo que apunta la recurrente, la Audiencia no se ha limitado a una aceptación acrítica del resultado de la prueba, y de forma impecable razona:

Los argumentos utilizados por los letrados ingleses nos parecen aceptables. La negativa a ser fiador después de concluido el contrato es un acto imputable que, sobrevenidamente, pone en riesgo y afecta a la propia eficacia tanto de la garantía, como del contrato de crédito principal que ya está en fase de cumplimiento, y que dada su trabazón requieren la presencia del fiador como figura esencial de la economía del contrato junto con el deudor. Buena prueba de ello es que los actos del fiador, dirigidos a negar su propia existencia, están protegidos por la cláusula de vencimiento anticipado de la obligación.

30. Vigentes en nuestro sistema probatorio los principios de libre apreciación y elasticidad, salvo excepciones, como afirma la sentencia de esta Sala número 81/2007, de 2 febrero *"no se exige una determinada cantidad o entidad probatoria -dosis o tasa de prueba-. Determinar esta dosis es función soberana de los tribunales*



que conocen en instancia -primera y apelación-, estando vedado su acceso a casación salvo que se incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad con infracción del art. 24.1 CE " debemos concluir que se ha probado el alcance y contenido del derecho inglés, por lo que el motivo debe ser rechazado.

CUARTO: MOTIVOS DE CASACIÓN PRIMERO, TERCERO Y CUARTO

1. Enunciado de los motivos primero, tercero y cuarto.

31. El enunciado de los motivos de casación primero, tercero y cuarto es el siguiente:

Primero.- Infracción del art. 1.281 del Código Civil , que consagra el principio "in claris non fit interpretatio".

Tercero.- Infracción de los arts. 1858 y 1872 del Código Civil .

Cuarto.- Infracción de los arts. 322 y 323 del Código de Comercio .

2. Valoración de la Sala.

32. Los tres motivos parten de una premisa falsa: la aplicación errónea del Código Civil.

33. Como ha quedado expuesto para la decisión de la controversia es aplicable el Derecho inglés, por lo que los motivos nada más podían sustentarse en la infracción de dicho ordenamiento.

34. Lo expuesto aboca a la desestimación de los tres motivos sin necesidad de mayores razonamientos.

QUINTO: QUINTO MOTIVO DE CASACIÓN.

1. Enunciado y desarrollo del motivo.

35. El motivo quinto de casación se enuncia en los siguientes términos:

Infracción del art. 12.3 del Código Civil y 24.2 de la Constitución Española.

36. En el desarrollo del recurso la parte argumenta:

La exigencia de que no pueda despojarse al garante de las cosas dadas en prenda sino a través de procedimiento normado, constituye un principio de orden público, cuya infracción implica a su vez la quiebra del principio consagrado en el arto 24.2 de nuestra Constitución.

2. Valoración de la Sala.

37. Esta Sala tiene declarado que la casación no es una tercera instancia, sino que constituye un grado de enjuiciamiento jurisdiccional "limitado y peculiar" -Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, XIV, párrafo quinto -, y que en el recurso de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 siguen siendo exigibles la claridad y precisión que la jurisprudencia de esta Sala consideraba implícitas en el artículo 1707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , de tal forma que al razonar los motivos de casación se precisa concretar la norma o normas infringidas y motivar la vulneración o vulneraciones producidas.

38. En este caso la falta de mayores precisiones impide a la Sala conocer exactamente cuál es la regla de orden público que la recurrente pretende infringida, razón determinante de la desestimación del motivo.

39. A mayor abundamiento, cabe significar:

1) Que si bien esta Sala tiene declarado que el pacto comisorio configurado como la apropiación por el acreedor de lo dado en garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado (en este sentido sentencia de esta Sala número 526/2008, de 5 junio), lo que según la sentencia número 413/2001 de 26 abril "*no debe entenderse circunscrita a los contratos de garantía típicos, sino también a los negocios indirectos que persigan fines de garantía*", es lo cierto que el artículo 1859 del Código Civil si bien dispone que "*El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas*", a diferencia de lo que acontece en el artículo 1884.2 del Código Civil en relación con la anticresis no está prohibido el pacto en contra.

2) Que a ello debe añadirse que las razones que en su día justificaron los recelos del legislador, no son aplicables a determinadas modalidades de garantía, como lo demuestra el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo , de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública que, al regular el régimen de los acuerdos de compensación contractual y de las garantías financieras, admite de forma expresa la licitud de la apropiación en el primer párrafo del artículo 11.1 : "*Se considera como supuesto de ejecución un incumplimiento de obligaciones o cualquier hecho pactado entre las partes que en caso de producirse permita al beneficiario de la garantía, en virtud del acuerdo de garantía o de la Ley, realizar o apropiarse del objeto de dicha garantía; o produce la aplicación de una cláusula de liquidación por compensación exigible anticipadamente, si tal cláusula estuviera prevista por el acuerdo de garantía*".



3) Que en el presente caso, como precisa la recurrida, los valores pignorados fueron enajenados en un mercado público y transparente -la Bolsa de Nueva York-, en un procedimiento paralelo al previsto en el artículo 322 del Código de Comercio .

40. En consecuencia, la Sala no aprecia la concurrencia de posibles causas de orden público para rechazar la licitud de la ejecución prevista en el contrato sujeto al derecho inglés.

SEXTO: PRONUNCIAMIENTO SOBRE COSTAS.

41. Las costas del recurso deben imponerse a la parte recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al que remite el artículo 398.1 de la propia Ley de enjuiciar.

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

FALLAMOS

1. Desestimamos el recurso de casación interpuesto por METAINVERSION SOCIEDAD DE INVERSION MOBILIARIA,S.A., contra la sentencia dictada, el día 3 de mayo de 2006, por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación número 186/2005, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada, por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid, con fecha 22 de septiembre de 2004 en el procedimiento ordinario nº 343/1996.

2. Se imponen a la expresada recurrente las costas del recurso que se desestima.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Roman Garcia Varela.- Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.-Firmado y rubricado.- PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos** , 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.