

## Jurisprudencia

## Reseña jurisprudencial e-Dictum 69

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora de Derecho Mercantil. Universidad Antonio de Nebrija

## TRIBUNAL SUPREMO

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JULIO DE 2017**  
**[Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán]**

*Obligaciones y contratos: el hecho de que la facultad de elevar a público un contrato otorgado en documento privado no tenga fijado un plazo de prescripción no implica que pueda ejercitarse de forma ilimitada en cualquier circunstancia y con cualquier propósito. Por un lado, no puede ampararse el ejercicio esta facultad cuando el contrato no se ha cumplido y las pretensiones dirigidas al ejercicio de los derechos relativos al cumplimiento de sus prestaciones hayan prescrito. Por otro lado, no es exigible la elevación a público de un contrato celebrado en documento privado cuando, contra la realidad fáctica y jurídica actual, el ejercicio de tal facultad persigue modificar los derechos adquiridos y consolidados de forma inatacable por terceros y que proceden de hechos, actos y negocios realizados con posterioridad al cumplimiento de dicho contrato.*

«D.ª Isabel interpone demanda contra herederos de D. Román, D. Juan Pedro y esposa D.ª Carina en la que solicita:

«1) Condenar a los codemandados herederos de D. Román a elevar a escritura pública el documento de permuta que suscribió con los padres de la actora en fecha 5 de octubre de 1964.

«2) Condenar al codemandado D. Juan Pedro y esposa D.ª Carina a elevar igualmente a escritura pública el documento que suscribieron asimismo con los padres de la actora, en fecha 3 de junio de 1969, por el que les fue adjudicado el almacén o local existente en el semisótano o bajos del inmueble que en él se detalla por la cuarta parte indivisa que le habían comprado en escritura pública de esa misma fecha, oponiéndose así fin a la indivisión, condenándolos a pasar por ello y, por tanto, a que así se inscriba en el Registro de la Propiedad.

«3) Declarar que al edificar el causante Sr. Román por el lado poniente de la propiedad de sus padres, aludida en tales documentos, actualmente perteneciente a la actora como única y universal heredera, quedó entre las columnas en que se apoya lo edificado, un espacio de 46,5 metros cuadrados, comprensivo de los nueve por tres metros del pasillo que por allí tenían sus repetidos padres más los trece metros de largo por metro y medio de ancho que le cedió en permuta,

que conforma un almacén o local con puerta a la calle Dr. Santos Abreu, y techo a la altura del patio de la casa, que pertenece en propiedad a la actora, y que asimismo quedó similar local o dependencia a la altura del mencionado patio, cuyo suelo es el techo del anterior y con techo, a su vez, con el de la primera planta del edificio de cinco pisos que construyó encima, declarando que ambos locales o dependencias forman parte de la propiedad de la actora, condenando a ambos demandados a hacerle entrega de los mismos, y ello en perfectas condiciones para su uso al haber asumido dicho Sr. Román los enlucidos y demás obras precisas, incluido acceso desde su patio con luces a la calle y acceso al común del edificio.

«4) Que se declare que la repetida propiedad de la actora no está gravada con servidumbre de luces y vistas del inmueble que construyó por el poniente el repetido Sr. Román y en su consecuencia se condena al mismo a suprimir las ventanas que abrió hacia su repetida propiedad.

«5) Condenar a los codemandados a abonar los daños y perjuicios originados por el uso de tales locales o dependencias, fijándose como lucro cesante la cantidad de trescientos euros (300 €) mensuales por el inferior y de doscientos euros (200 €) por el superior, que por el total de años detentados hacen un total de ciento cincuenta mil euros (150.000 €).

«6) Condenar asimismo a los demandados, para el caso de imposibilidad de restitución por afectar a derechos de terceros, al abono de la cantidad de doscientos mil euros (200.000 €) por el local inferior y ciento cincuenta mil euros (150.000 €) por el superior.

«7) Condenar al repetido Sr. Román, y ahora a sus herederos, a que abonen a la actora la cantidad de ciento veinte mil euros (120.000 €) por los daños morales, así como, para el caso de imposibilidad de cerrar las ventanas que abrió hacia su patio con el edificio de cinco pisos, que indemnice la actora en la cantidad de treinta y dos mil euros (32.000 €)».

2. - La sentencia del Juzgado desestima la demanda en su integridad.

En esencia, basa su decisión en los siguientes razonamientos:

a) La acción de elevar a público los documentos privados de 1964 y 1969 se rechaza porque tales documentos carecen de eficacia, al pretender contradecir una realidad jurídica existente e inatacable.

b) La acción reivindicatoria y declarativa de dominio del local no prosperan porque han prescrito: según la actora, el local que supuestamente se distrajo dentro de otro local con ocasión de los contratos y las construcciones proyectadas en los contratos privados de 1964 y 1969, habría venido siendo reclamado a los demandados por el padre (fallecido en 1979) de la actora, con lo que en todo caso habrían transcurrido más de treinta años desde la reclamación (art. 1.963 CC) hasta el momento de la presentación de la demanda en 2012.

c) La acción negatoria de servidumbre se rechaza por prescripción: el edificio cuyas ventanas se quieren suprimir se construyó por el causante de uno de los demandados al amparo de uno de los contratos privados celebrados con el padre de la demandante (sin que, supuestamente, según la actora, estuviera autorizado para abrir tales huecos), pero la obra se terminó en 1967, la cédula de habitabilidad se obtuvo en los setenta y la escritura pública de división en propiedad horizontal en 1973, sin que hubiera ninguna oposición por parte del padre de la demandante y luego de ella.

d) La acción de resarcimiento no prospera porque los contratos en los que la actora fundamenta su pretensión datan de 1964 y 1969, por lo que ha transcurrido de sobras el plazo de prescripción del art. 1.964 CC.

3.- El recurso de apelación interpuesto por la parte actora es desestimado por la Audiencia Provincial que, tras el nuevo examen y valoración del material probatorio llega a la misma conclusión y confirma la sentencia de primera instancia. A los argumentos de la sentencia, que comparte, añade otros:

a) Respecto de la acción de elevar a público los documentos privados de 1964 y 1969 la Audiencia añade otro argumento: que el local en cuyo espacio se encontraría el espacio controvertido que reclama la demandante pertenece al hijo de la demandante, como consecuencia de una compra a un tercero en 1995, lo que era conocido por la demandante.

b) En lo concerniente a la acción declarativa del dominio y reivindicatoria ejercidas por la apelante, sostiene la Audiencia que las obligaciones dimanantes de la permuta convenida en el documento de 5 de octubre de 1964 deben entenderse plenamente cumplidas tras la efectiva construcción por el Sr. Román del edificio que pretendía construir sobre su solar y la efectiva ocupación del vuelo a que se refiere esa permuta, construcción que finalizó el cinco de marzo de 1970, según el certificado del arquitecto director que obra en autos como documentos 12 y 13 de la contestación a la demanda del matrimonio codemandado, Sres. Juan Pedro y Carina, habiéndose procedido a la división horizontal de ese edificio con fecha 27 de marzo de 1973. En ningún momento, y hasta el año 2011 en que se interpusieron sendos actos de conciliación, la hoy actora-apelante ha probado que ella o sus causantes hubieran ejercido alguna acción tendente al exacto cumplimiento de lo contractualmente pactado en 1964.

c) En cuanto a la acción negatoria de servidumbre, y además de lo ya expuesto en la sentencia apelada, la Audiencia rechaza la interpretación que la apelante realiza respecto de lo convenido en el documento privado de 1964 entre su padre y el padre de los herederos codemandados, D. Román, ambos fallecidos. Entiende la Audiencia que tal documento es claro en cuanto a las previsiones de construcción de un edificio por D. Román y a la autorización al mismo por el padre de la demandantes para abrir huecos «que den al resto de su servidumbre» (se refiere a la servidumbre de paso de tres metros, a los que se añadía un metro cincuenta centímetros de ancho este-oeste en virtud del terreno cedido por el Sr. Román como consecuencia de la permuta también acordada, quedando, por consiguiente, en aquel momento el paso con una anchura de cuatro metros cincuenta centímetros), huecos que la actora no ha demostrado que pudiera referirse únicamente a los del artículo 582 del Código Civil, habiéndose respetado incluso las distancias contempladas en ese precepto.

d) Finalmente, por lo que se refiere a las pretensiones de resarcimiento sustitutorio e indemnización por daños y perjuicios, dada su íntima conexión con la eventual estimación de las acciones reivindicatoria y negatoria de servidumbre de luces y vistas ejercidas en la demanda, razona la Audiencia que el fracaso de estas últimas hace insusceptibles tales pretensiones.

## SEGUNDO

La demandante interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional.

1.- El recurso se funda en un «motivo único» en el que denuncia infracción de los arts. 1.279 y 1.280 CC, en relación con la imprescriptibilidad de la acción a elevar a público los contratos y arts. 537, 538 y 582 CC en relación con la acción negatoria de servidumbre.

Para resolver el recurso hay que estar en exclusiva a la primera parte de ese «motivo único» (eran dos en realidad), habida cuenta de que el Auto de 15 de marzo de 2017 (RJ 2017, 987) inadmite el recurso en cuanto al pronunciamiento de la acción negatoria de servidumbre.

Para justificar el interés casacional del motivo que denuncia infracción de los arts. 1.279 y 1.280 CC aporta, en relación con la cuestión referida a la imprescriptibilidad de la acción de elevar a público los contratos firmados por el padre de la recurrente, una única sentencia de esta sala, la sentencia 694/2011, de 10 de octubre (RJ 2011, 6837) que, según la recurrente «coincide con las fundamentaciones esgrimidas por esta parte para solicitar la elevación a público de los citados contratos y que de acuerdo con la citada sentencia no prescribe nunca».

La representación de la comunidad de herederos de D. Román presenta escrito en el que no formula causa de inadmisión y se opone a la pretensión de elevación a público

del contrato suscrito por el padre de la demandante ahora recurrente y D. Román.

No se persona la representación de Juan Pedro.

### TERCERO

Por las razones que se exponen a continuación, el motivo se desestima.

1.- El motivo bien pudo ser inadmitido, puesto que la acreditación de interés casacional por contradicción de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo requiere, conforme al art. 1.6 CC, la acreditación de una jurisprudencia reiterada y que como exponente de la misma se citen dos o más sentencias (sentencia 299/2001, de 30 de marzo (RJ 2001, 4775), con cita de otras).

Lo cierto es que existen más decisiones de las que resulta la doctrina de la sala sobre el ejercicio de la facultad de elevar a público un contrato y que el recurrente pudo localizar, analizar y aportar. En todo caso, la sentencia recurrida no es contraria a esta doctrina.

2.- Por lo que se refiere a la acción de condena a elevar a público los documentos de 1964 y 1969, la sentencia de primera instancia sostuvo que, de acuerdo con la jurisprudencia, no es posible alegar la prescripción extintiva de tal acción, pero sí es requisito indispensable que subsista la vigencia del contrato y el ejercicio de los derechos y obligaciones a que ha dado nacimiento. Aun cuando se trata de la sentencia del Juzgado, en la medida en que sus fundamentos son expresamente asumidos por la sentencia de la Audiencia, resulta útil transcribir su razonamiento: «al solicitarse la obligación de elevar a escritura pública un contrato, para determinar si procede o no su cumplimiento, debe analizarse con carácter previo si dicho contrato contiene requisitos de validez legal, si todavía resulta vigente, y si se ha perfeccionado o consumado, por lo cual podemos afirmar que no basta que la acción esté sometida a un plazo de prescripción sino que es preciso en todo caso que concurra la existencia de un interés o motivación jurídica en el ejercicio de la acción, puesto que no es amparable jurídicamente la elevación a público de dos contratos privados de hace cincuenta y uno (1963 sic) y cuarenta y cinco años (1969) respectivamente cuyos derechos y obligaciones ya no se encuentran vigentes cuya perfección y consumación ya se ha producido y, por si fuera poco que afectan a un inmueble poseído por terceros desde al menos, como veremos, desde el año 1978, treinta y seis años, y adquirido por un tercero que, por casualidad, es hijo de la actora, contra quien ésta no reclama, desde el año 1989, hace veintisiete años. Ello nos lleva a realizar una evidente afirmación puesto que si nos encontramos ante acciones tendentes a la reclamación de un derecho real (30 años) derivados de aquellos contratos y a unas indemnizaciones contractuales que son de carácter personal (15 años) y las mismas como veremos se encuentran totalmente extinguidas por haber operado el instituto de la

prescripción, no existe ningún derecho u obligación dimanante de aquellos contratos privados que actualmente tutele el ordenamiento jurídico y por ende no es posible afirmar, en palabras de aquellas resoluciones, que subsista interés alguno para las partes a otorgar escritura pública en manifiesta contradicción con la realidad jurídica preexistente y ya inalterable, pues ello iría en contra no sólo del sentido de aquellas resoluciones sino también del principio de seguridad jurídica general».

La sentencia de la Audiencia Provincial comparte los razonamientos del juzgado y añade «que no puede obviarse el hecho, admitido por la propia actora, de que el actual propietario del local en el que se encuentra el espacio o zona controvertida (en atención a lo indicado en la demanda) es su hijo, D. Isidro, quien no era parte en la litis y que declaró como testigo con los correspondientes apercebimientos legales, habiendo afirmado que adquirió en el año 1995 el local que arrendó al Ayuntamiento de Santa Cruz de La Palma y que hoy ocupa Protección Civil, e igualmente que la configuración física de ese local es la misma que tenía al tiempo de su adquisición, debiendo tenerse también en cuenta -como con acierto refiere la juzgadora de la instancia-, que pese a ser imprescriptible la acción tendente a la elevación a públicos de documentos privados (en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo n.º 694/2011, de 10 de octubre (RJ 2011, 6837)), esa acción solo se mantiene mientras subsista la vigencia y eficacia del contrato, siendo patente en este caso la falta de eficacia jurídica y, sobre todo, ausencia de correspondencia con la realidad física actual -también dominical- de lo pactado en los documentos privados que se pretenden elevar a públicos, afectando incluso intereses de terceros que han permanecido ajenos a la presente litis».

3.- Esta sala ha tenido ocasión de manifestarse en varias ocasiones acerca de la existencia o no de un plazo para el ejercicio de la facultad de exigir elevar a público un documento privado. Las manifestaciones de estas sentencias ineludiblemente alcanzan todo su sentido en el contexto de los supuestos enjuiciados y la necesidad de dar respuesta a lo planteado por las partes en cada caso.

a) Así, afirma la STS 254/1970, de 9 de mayo: «Habida cuenta que los contratos constituyen un todo orgánico, enlazando unas cláusulas con otras y supeditadas las accesorias a lo que forma el núcleo, la obligación principal, causa del concurso de voluntades y además que el pacto de elevar a escritura pública lo convenido en el documento privado, es una facultad más que una obligación, latente en todo convenio aunque no lo exprese especialmente; aparece indudable que al menos mientras subsista la vigencia del contrato y el ejercicio de los derechos y obligaciones a que dio nacimiento, pervive el pacto accesorio de poder ser instrumentado públicamente, como lo demuestran las propias sentencias de esta Sala que el recurrente aduce en defensa de su tesis y, en consecuencia, no se ha cometido la infracción denunciada y parece el motivo».

Con esta afirmación se rechaza el argumento del recurrente de que no se podía exigir el cumplimiento de la cláusula de elevación a público del documento con el fin poder acceder al Registro de la Propiedad por ser tal cláusula un pacto independiente con virtualidad propia en relación a los demás convenidos, y por tanto sometido a un plazo de prescripción propio de las acciones personales del art. 1.964 CC.

En el caso es decisivo que en el documento privado, de 1948 (y el acto de conciliación se realiza en 1967, transcurridos más de quince años desde su otorgamiento), se recoge un acuerdo por el que, a cambio de un precio y del abandono temporal de unos locales para permitir realizar obras en un edificio, la parte que realiza las obras asume unas limitaciones de uso y destino de los locales de la planta baja del nuevo edificio y su vigencia se mantiene como servidumbre en el momento de solicitar la elevación a escritura pública del documento privado.

b) La sentencia 94/1986, de 14 de febrero (RJ 1986, 678), con cita de la anterior, reitera la misma doctrina, para un caso que refiere ser similar, en atención a que, frente a la sentencia que condenaba a elevar a escritura pública un contrato privado de acuerdo con lo pactado en una de sus cláusulas, el recurrente alegaba que la acción personal había prescrito, por haber transcurrido más de quince años entre la fecha del documento privado y la presentación de la demanda de conciliación.

En el caso, el documento privado recogía un acuerdo de extinción de la comunidad de bienes, división material y adjudicaciones. La sentencia 94/1986 considera que es correcta la interpretación de la Audiencia cuando considera que nunca podía haberse iniciado el plazo de prescripción antes de una sentencia de 1976 que puso fin a otro procedimiento entre las partes y por las que el recurrente vio reconocida su pretensión de reclamación al ahora actor de los gastos en que había incurrido por la realización de las reparaciones y mejoras necesarias en los elementos comunes de la finca.

c) La sentencia 459/1994, de 12 de mayo (RJ 1994, 4093), afirma que «el comprador, en un contrato de compraventa perfeccionado, se encuentra legitimado, sin cortapisa de plazo prescriptivo alguno, para solicitar la total ejecución y consumación de lo convenido, y en torno a la cuestión de elevar a escritura pública un documento privado, es doctrina de la sala que los contratos constituyen un todo orgánico, supeditadas las cláusulas accesorias a la que forma el núcleo, la obligación principal, causa del concurso de voluntades, y que el pacto de elevar a escritura pública lo convenido en el documento privado es una facultad más que una obligación, aunque no se exprese especialmente, y mientras subsista la vigencia del contrato y el ejercicio de los derechos y obligaciones a que haya dado nacimiento, pervive también el pacto accesorio de poder ser instrumentado públicamente, sin que el no haber hecho uso de ella enerve la acción que corresponda».

En el caso, no solo se discutía la prescripción sino, previamente, si el documento privado otorgado en 1972 era realmente una compraventa: se entiende que sí y que quedó perfeccionada, aunque se pospusiera el otorgamiento de la escritura a la práctica de una[s] operaciones particionales. Acreditado que era compraventa y que hubo entrega (los compradores ocuparon la vivienda, tenían contratados a su nombre varios servicios, vivieron durante años, luego la ocupó la mujer de un hijo como taller) no cabe hablar de prescripción y el otorgamiento de la escritura es considerado como medio para hacer efectivas las obligaciones contractuales cumplidas.

d) Por fin, la sentencia 694/2011, de 10 de octubre (RJ 2011, 6837), tras cita de la doctrina de la anterior, concluye que, en el caso, «la sentencia impugnada no ha infringido los preceptos que se citan, los arts. 1.279 y 1.280-1º CC, ni el 1.964 del mismo código, sobre el plazo de prescripción, ya que en el momento de interposición de la demanda había prescrito la acción para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por haber transcurrido el plazo legal de quince años desde la celebración del último de ellos -el de fecha 24 de diciembre de 1985- por lo cual, en referencia a la doctrina anteriormente citada, ya no subsistía la posibilidad de ejercicio de los derechos y obligaciones propias del mismo, en concreto la obligación de entrega de la cosa por parte del vendedor. De ahí que tampoco pueda acogerse la pretensión ordenada a la elevación a escritura pública de tales contratos que carecería en absoluto de efecto jurídico, pues no resulta viable que a través de dicha pretensión se pudiera obtener de modo indirecto el cumplimiento de las auténticas obligaciones derivadas del contrato y en concreto la entrega o "traditio ficta" de la cosa de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1.462 CC, con la finalidad -a la que expresamente se refiere el recurrente- de "posibilitar el acceso de ambos contratos al Registro de la Propiedad"».

En el caso de la sentencia 694/2011, en definitiva, es esencial que hayan prescrito las pretensiones de cumplimiento del contrato de modo que, a través de la solicitud de otorgamiento de escritura pública lo que se pretendía era lograr el cumplimiento de un contrato cuando ya estaban prescritas las acciones para exigirlo.

4.- Que la facultad de elevar a público un contrato otorgado en documento privado no tenga fijado un plazo de prescripción no implica que pueda ejercitarse de forma ilimitada en cualquier circunstancia y con cualquier propósito. Con independencia del tiempo transcurrido desde el otorgamiento del documento privado, para admitir el ejercicio de la facultad de elevarlo a público hay que atender a otros datos.

En primer lugar, resulta obvio que no puede ampararse el ejercicio de la facultad de elevar a público un contrato celebrado en documento privado cuando el contrato no se ha cumplido y las pretensiones dirigidas al ejercicio de los derechos relativos al cumplimiento de sus prestaciones



hayan prescrito. En tal caso, mediante la elevación a público se estaría otorgando eficacia a unas obligaciones que ya no son exigibles.

En segundo lugar, y por el contrario, el cumplimiento íntegro de un contrato otorgado en documento privado no excluye que exista un interés legítimo en elevarlo a documento público, dados los efectos reforzados que el ordenamiento atribuye a la forma pública, de acuerdo con el principio constitucional de seguridad jurídica. Pero, en atención también a razones de seguridad jurídica, no es exigible la elevación a público de un contrato celebrado en documento privado cuando, contra la realidad fáctica y jurídica actual, el ejercicio de tal facultad persigue modificar los derechos adquiridos y consolidados de forma inatacable por terceros y que proceden de hechos, actos y negocios realizados con posterioridad al cumplimiento de dicho contrato.

Esto es lo que sucede en el presente caso, a la vista de los hechos considerados probados en la instancia. Los contratos privados celebrados los años 1964 y 1969 por el demandado (o el causante de los codemandados) y el padre de la actora, y que la actora ahora recurrente pretende que sean elevados a público, fueron cumplidos por las partes. Con posterioridad, y a partir de la situación creada por el cumplimiento de tales contratos, han tenido lugar hechos, actos y negocios jurídicos (la construcción, embargos, ejecuciones, aceptación de herencia, compraventas) que han transformado la realidad fáctica y jurídica de las fincas. En consecuencia, no es legítimo el ejercicio de la facultad de elevar a público unos documentos privados para que gocen del beneficio de la forma pública y, en particular, del acceso al Registro de la Propiedad, unos derechos y titularidades que contradicen la situación fáctica y jurídica legítimamente consolidada.

Ha quedado acreditado en la instancia que la «superficie» o local cuya titularidad y entrega reclamaba la actora en su demanda con diferentes e incompatibles fundamentos a los dos demandados en realidad carece de entidad objetiva propia y forma parte del local que, desde 1995, pertenece al propio hijo de la demandante (D. Isidro), al que no demandó, pero que intervino en el pleito como testigo a instancia de los demandados.

La titularidad de D. Isidro procede de sucesivas transmisiones a partir de la venta (documentada en escritura pública de 1969) de la cuarta parte de un inmueble por parte del padre de la actora a D. Juan Pedro. Por documento privado celebrado el mismo día entre las mismas partes, esa cuarta parte se concretó en el local de la planta baja, sin que haya quedado acreditado en la instancia usurpación alguna de la superficie originariamente perteneciente al padre de la actora. La titularidad de la cuarta parte del inmueble a favor de D. Isidro consta en el Registro de la Propiedad porque la citada escritura de venta y las demás transmisiones también se han inscrito. Si la pretensión de la actora, como expresa en su demanda y reitera en su recurso, es poner fin a la situación de indivisión del inmueble, puesto que el mismo le

pertenece en copropiedad a ella misma (como heredera universal de su padre) y a su hijo, podrá hacerlo sin necesidad de exigir que se eleve a público el documento privado otorgado por D. Juan Pedro en 1969.

Con un fundamento diferente e incompatible con la pretensión que ejercitó frente a D. Juan Pedro, la actora reclamaba en su demanda la misma «superficie» a los causahabientes de D. Román, colindante que, al igual que el padre de la actora, adquirió su propiedad por segregación de otra finca. Ha quedado acreditado en la instancia que D. Román, mediante contrato privado celebrado en 1964 con el padre de la actora, cedió a este último una franja de terreno que es la que en la actualidad pertenece al hijo de la actora; también que lo construido por D. Román fue terminado en 1970 y que se hizo la división de propiedad horizontal en 1973 y se inscribió en el Registro de la Propiedad, sin que mediara reclamación hasta 2011; que la construcción se llevó a cabo sobre solar propio y el vuelo adquirido mediante el contrato privado de 1964; que el documento privado amparaba los huecos en lo construido y, en cualquier caso la acción negatoria está prescrita. No se advierte, en consecuencia [,] la concurrencia de interés legítimo en la demandante al solicitar la elevación a público del citado documento.

En este sentido, la sentencia recurrida, al declarar que no procede elevar a público los documentos privados celebrados los años 1964 y 1969 que están en el origen de este pleito, no infringe el art. 1.279 CC ni la doctrina de esta sala».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1589/2014] DE 18 DE JULIO DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]**

*Sociedades de capital: responsabilidad solidaria del administrador de hecho de la sociedad por las deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución (art. 367.1 en relación con el art. 363.1-e LSC). Constituye jurisprudencia uniforme la que extiende esta responsabilidad por deudas a los administradores de hecho cuando en su actuación gozan de las mismas facultades y atribuciones que los de derecho. A los efectos de esta responsabilidad es irrelevante que la deuda sea comercial o laboral. Y, en relación al nacimiento de la obligación, hay que precisar que el concreto derecho de crédito a la indemnización por despido no nace con el contrato de trabajo, sino una vez que el mismo es declarado judicialmente improcedente y la empresa opta por la no readmisión.*

«En síntesis, don Fulgencio, don Moisés y don Jesús, trabajadores de la entidad Muebles Rústica S.A, formularon una demanda contra don Juan Alberto, como administrador

de derecho de la sociedad, y contra su esposa, doña Catalina, como administradora de facto de dicha sociedad.

En dicha demanda, fundada tanto en la responsabilidad por daño y por deudas (arts. 241 y 367 LSC), solicitaban la condena solidaria de los demandados al pago de 133.831,14 €. Cantidad que había quedado por cobrar de sus indemnizaciones laborales, tras el pago parcial efectuado por el Fondo de Garantía Salarial.

Los demandados se opusieron a la demanda. Alegaron que doña Catalina no tenía la condición de administradora de hecho, que los demandantes carecían de legitimación activa para las acciones ejercitadas, y que los demandados no habían incurrido en causas de responsabilidad.

3. De los hechos acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes.

I) Don Juan Alberto es administrador social de la entidad Muebles Rústica S.A, y socio con un 50% del capital social.

II) Doña Catalina, casada en régimen de separación de bienes con don Juan Alberto, es apoderada de la sociedad, con amplios poderes, y socia con el restante 50% del capital social.

III) Ha resultado acreditada la condición de administradora de hecho de doña Catalina de la sociedad, interviniendo en la gestión de la misma con plena autonomía, de manera habitual y con toma de decisiones de especial relevancia tanto en el plano laboral, como en las operaciones comerciales de la sociedad.

IV) En el procedimiento, se constató la existencia de pérdidas en los años 2008 a 2010, que dejaban reducido el patrimonio de la sociedad en una cifra muy inferior a la cifra del capital social.

V) Los trabajadores, aquí parte recurrida, fueron despedidos el 30 julio 2009. Dichos despidos fueron declarados nulos por sentencia de 9 de diciembre de 2009. Tras su readmisión, fueron nuevamente despedidos el 30 de diciembre de 2009. Despidos que nuevamente fueron declarados nulos por sentencias de 26 de marzo y 28 de abril de 2010.

VI) El 10 de marzo de 2009, la sociedad procedió a la venta del inmueble en donde tenía su domicilio social.

3. La sentencia de primera instancia estimó, en su integridad, la demanda.

4. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la sentencia de la Audiencia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de primera instancia; si bien en base a la responsabilidad por pérdidas de la sociedad (artículo 367.1 LSC).

5. Frente a la sentencia de apelación, los demandados interponen recurso de casación.

SEGUNDO.- Sociedades. Acción de responsabilidad de los administradores de hecho por deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución (artículo 367.1 en relación con el artículo 363. 1 -e-). Indemnización por despido: nacimiento de la obligación. Irrelevancia de que la deuda sea comercial o laboral a los efectos de la responsabilidad prevista. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. Los recurrentes, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interponen recurso de casación que articulan en tres motivos.

En el motivo primero, denuncian la infracción del artículo 367 de LSC y la existencia de interés casacional por oposición la jurisprudencia de esta Sala expresada en la STS de Pleno de 28 de abril de 2006 (RJ 2006, 4087) sobre la interpretación del citado artículo en relación a la legitimación pasiva del administrador de hecho para soportar el ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas. En su desarrollo alegan que el administrador de hecho solo debe responder en relación a los casos de responsabilidad social e individual por daños, pero no en supuestos de responsabilidad por deudas que solo ha de ser exigida, por su propia naturaleza a los administradores de derecho. En el mismo sentido se citan las SSTs de 30 de julio de 2001 (RJ 2001, 6632), 8 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2664) y 14 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7460).

2. El motivo debe ser desestimado.

Esta sala ya se ha pronunciado sobre la cuestión debatida, en el sentido de hacer extensiva la responsabilidad de los administradores a los administradores de hecho, cuando en su actuación intervengan con las mismas facultades y atribuciones que los de derecho (STS 721/2012, de 4 de diciembre (RJ 2013, 2405), así como en las más recientes 421/2015, de 22 de julio (RJ 2015, 3512), y 224/2016, de 8 de abril (RJ 2016, 1232)).

Por otra parte, como alega la parte recurrida, hay que precisar que la sentencia de esta sala 417/2006, de 28 de abril (RJ 2006, 4087), que citan los recurrentes en apoyo de su tesis, no resulta de aplicación al presente caso, con relación al motivo planteado.

3. En la línea del anterior motivo, en el motivo segundo denuncian la infracción del artículo 367 de [la] LSC y la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales, citando al efecto las SSAP de Valencia (sección 9.ª de 28 de abril de 2010 (JUR 2010, 253348), 23 de noviembre de 2005 (JUR 2006, 107095) y 16 de abril de 2008 (JUR 2008, 188326)) que sostienen que la responsabilidad por deudas solo es exigible al administrador formal no al de hecho y las SSAP de Madrid (sección 28.ª de 25 de febrero de 2013 (JUR 2013, 216935) y 31 de julio de 2009 (JUR 2009, 471764)) que

aplican la responsabilidad por deudas sociales a los administradores de hecho especialmente en supuestos en que el administrador de derecho que cesa en su cargo por cualquier caso continua, de hecho, ejerciéndolo con posterioridad, supuestos en los que el Tribunal Supremo admite la aplicación de este tipo de responsabilidad. Lo anterior, a juicio de los recurrentes, demuestra la existencia de un cierto grado de contradicción entre Audiencias Provinciales en cuanto a la posibilidad de hacer extensible la responsabilidad por deudas sociales a los administradores de hecho.

#### 4. El motivo debe ser desestimado.

Conforme a lo expuesto en el examen del motivo anterior, sobre la cuestión controvertida ya existe jurisprudencia uniforme de esta sala.

5. En el motivo tercero, los recurrentes denuncian la infracción del artículo 367 LSC. Justifican la existencia de interés casacional por aplicación de una norma de vigencia inferior a 5 años, ya que el TR de la Ley de Sociedades de Capital se aprobó por el RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio. En su desarrollo cuestionan el momento del nacimiento de la obligación de indemnizar por causa de un despido objetivo o improcedente, defendiendo la recurrente que la cantidad que se reclama como indemnización por despido se configura como una deuda sobrevenida (con cita de la SAP Madrid de 7 de julio de 2009 (JUR 2009, 443270)) no asimilable a una deuda comercial ordinaria, que no puede dar lugar a la responsabilidad objetiva que se pretende. Se trata de un pasivo que, si bien no se ha cuantificado y su exigibilidad no se ha producido, existe o surge desde el instante en que se produce la contratación laboral, lo que evidencia que la deuda que se reclama no es en puridad una deuda contraída con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución, sino que se trata de una deuda nacida anteriormente que sobrevienen y se cuantifica con posterioridad.

#### 6. El motivo debe ser desestimado.

En primer lugar y en relación con la acreditación del interés casacional, porque la Ley de Sociedades de capital es un texto refundido de la legislación anterior en donde el artículo 367, con leves variaciones, reproduce el artículo 262.5 de la LSA, normativa que estaba en vigor en la fecha de producción de los hechos relevantes del presente caso. A su vez, tanto sobre su versión original, como sobre las posteriores y el actual artículo 367 LSC, existe ya jurisprudencia de esta sala; por lo que no resulta justificado el interés casacional alegado.

En segundo lugar, con relación al nacimiento de la obligación, hay que precisar que el concreto derecho de crédito a la indemnización por despido no nace con el contrato de trabajo. La contraprestación a la prestación de los servicios laborales es el salario (art. 26 del Estatuto de los Trabajadores 2015), mientras que la indemnización por

despido nace una vez que el mismo es declarado judicialmente improcedente y la empresa opta por la no readmisión (art. 56 del Estatuto de los Trabajadores). En el caso de autos, el nacimiento de la obligación indemnizatoria tuvo lugar cuando la sociedad estaba ya en causa legal de disolución.

En tercer lugar, hay que señalar que las deudas no sean comerciales, sino laborales, no supone ningún impedimento para la condena solidaria de los administradores sociales, puesto que ni el artículo 105.5 LSRL 1995, ni el artículo 262.5 LSA, ni el actual 367 LSC, exigen que las deudas tengan que ser comerciales, sino que hablan de deudas de la sociedad en general.

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1440/2014] DE 20 DE JULIO DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

*Derecho concursal: quiebra voluntaria.- Efectos de la quiebra sobre los créditos en particular: prohibición de compensación. No hay compensación legal en sentido propio o técnico jurídico cuando se produce en un supuesto de liquidación de una única relación contractual –concesión- de la que han surgido obligaciones para ambas partes contratantes. La compensación contable propia del sistema de cuenta corriente de crédito queda excluida de la prohibición legal porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto.*

«El presente caso, en el marco de un contrato de concesión de venta de vehículos y de servicios de preventa y postventa, plantea, tras la quiebra de la concesionaria, si la compensación de las deudas y obligaciones operadas en su relación negocial responde a una propia compensación legal (artículo 1.196 del Código Civil), o más bien a una compensación contable del sistema de cuenta corriente establecido entre las partes.

2. En síntesis, el 21 de julio de 1992, la entidad Nova Central S.A. suscribió con Fiat Auto España S.A. (en adelante, Fiat) un contrato de concesión comercial y servicios por el que se comprometía a adquirir los vehículos Fiat para su reventa al público y a asumir el servicio de preventa y postventa, como la reparación de vehículos en garantía, recambio de piezas y otros servicios, obligándose Fiat a suministrar los vehículos y piezas y a reembolsar los importes generados por el mantenimiento de los vehículos en garantía, incentivos comerciales y rápeles por ventas, y otros gastos.

El contrato se acordó con una duración indefinida y fue resuelto por Fiat mediante requerimiento de fecha 7 de octubre de 1994. Aunque en el contrato de concesión se estipulaba que el pago de los productos solicitados se efectuaría al contado en el momento de la entrega, también

se preveía que Fiat podía otorgar facilidades de pago (anexo 4 del contrato).

El 11 de octubre de dicho año, Nova Central presentó la solicitud de quiebra, que fue declarada por auto de 28 de octubre del Juzgado de El Prat de Llobregat.

Un año más tarde, en octubre de 1995, Fiat interpuso una demanda de juicio de menor cuantía contra los administradores de Nova Central, los Sres. Lorenzo y Prudencio y la Sra. Serafina, ejercitando la acción de responsabilidad prevista en el art. 262.5 del TRLSA, por no haber promovido la disolución ante la concurrencia de la causa de disolución imperativa de pérdidas que habían reducido el patrimonio a menos de la mitad del capital social. Fiat invocaba un crédito por un importe total de 159.595.096 de pesetas.

El litigio fue tramitado y resuelto por el Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Barcelona, (autos núm. 933/1995). En su demanda, Fiat, desglosó el importe total del crédito en base a los siguientes conceptos:

1) Crédito derivado de la liquidación del contrato de concesión de 21 de julio de 1992, por la suma de 69.597.297 de pesetas (saldo deudor comercial).

2) Créditos derivados del contrato de arrendamiento de un local comercial, sito en la Autovía de Castelldefels km. 5, que Fiat, el 21 de julio de 1992, había cedido a Nova Central, por rentas impagadas desde septiembre de 1993, que ascendían a un total 39.866.567 pesetas.

3) 50.131.232 pesetas en concepto del pago por Fiat de la deuda generada por el préstamo hipotecario que concedió Banca Nazionale del Lavoro a Nova Central el 21 de enero de 1994, que había sido afianzado por Fiat.

En dicho litigio se discutió por los administradores la existencia y cuantía de la deuda social a cargo de Nova Central S.A.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 26 de enero de 2000 (AC 2000, 659), estimó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que revocó y, con estimación de la demanda, condenó a los administradores, como responsables solidarios con la sociedad, al pago de la totalidad del importe reclamado. La fijación de la cuantía del crédito de Fiat contra Nova Central, que fue objeto de controversia, como presupuesto para declarar la responsabilidad solidaria de los administradores, se fundamenta en la sentencia en el apartado tercero de su fundamentación jurídica, a partir de la prueba documental obrante en las actuaciones. Dicha prueba documental es la misma que obra en el presente procedimiento.

3. De los hechos acreditados o indiscutidos, deben destacarse los siguientes.

I) Resulta indiscutido que Nova Central, en su solicitud de quiebra voluntaria (11 de octubre de 1994), representada entonces por el Sr. Amador como administrador único, nombrado menos de un mes antes de la solicitud, reconoció a Fiat un crédito por importe total de 95.645.904 pesetas, comprensivo de la deuda comercial y de las rentas impagadas. En la junta de acreedores para el nombramiento de síndicos (23 de febrero de 1996), el Sr. Comisario de la quiebra admitió un crédito de Fiat contra Nova Central por importe de 149.402.994 pesetas.

II) La operativa práctica observada durante la ejecución del contrato muestra que las ventas de vehículos y piezas no eran pagadas en el momento de la entrega, ni tampoco las facturas que emitía Nova Central contra Fiat, sino que se giraban para el pago a 90 días. Es más, en la gran mayoría de las facturas aportadas con la demanda de la Sindicatura consta «modo de pago: compensación».

III) Resulta indiscutido que a la fecha de extinción de la relación comercial (octubre de 1994) y en todo caso a la fecha de la declaración de quiebra de Nova Central, había sido necesaria una liquidación de las operaciones comerciales desarrolladas en el marco contractual general que tuviera en cuenta las facturaciones recíprocas pendientes de pago.

4. En este contexto, la Sindicatura de la Quiebra de Nova Central S.A. formuló una demanda contra Fiat por la que solicitó su condena al pago de 294.224,90 euros. Cantidad resultante de primas por venta de vehículos, rappels, incentivos de ventas, contribución a la publicidad y a los gastos de mantenimiento y consumo del local, reparaciones, y piezas de recambio de vehículos en garantía.

La demandada se opuso a la demanda. Argumentó que el crédito que se le reclamaba, representado por las facturas aportadas con la demanda de la Sindicatura, no existió o no era exigible, porque ya había sido tenido en cuenta, computado y deducido, en la liquidación de la relación comercial mantenida, entre las partes, derivada de la ejecución del contrato de concesión, por virtud de la práctica operativa seguida, que dio lugar al saldo deudor a cargo de Nova Central que fue reclamado a los administradores en el anterior litigio.

5. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Valoró que entre las partes no existió un pacto o contrato de cuenta corriente, ya que en el contrato de concesión se estableció que el pago de las facturas sería al contado en el momento de la entrega. De forma que consideró adecuadas las facturas aportadas con la demanda de la Sindicatura, sin entrar a valorar si su importe ya había sido computado para fijar el saldo deudor en el anterior litigio, aunque admitió que las facturas aquí reclamadas fueron aportadas por Fiat con su anterior demanda contra los administradores. Previamente denegó aplicar una compensación de créditos y deudas ya que no se había hecho valer de conformidad con el artículo 408 LEC.



6. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia, con estimación de dicho recurso, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

En lo que aquí interesa, declaró lo siguiente. En primer lugar, con relación a la excepción de cosa juzgada material, entre otros extremos, declaró:

«[...] El auto de esta sala de 1 de diciembre de 2011 desestimó la excepción de cosa juzgada material, en su efecto negativo o excluyente, que podría producir la anterior sentencia de este tribunal de 26 de enero de 2000 (la que resolvió el litigio anterior contra los administradores), por no apreciar identidad de partes litigantes. Por la misma razón tampoco podemos admitir el efecto positivo o prejudicial sobre el presente procedimiento de lo decidido en el anterior al no haber identidad de partes (art. 222.4 LEC). No obstante, en nuestra resolución ya apuntábamos que entre aquel proceso y el presente existe «cierta relación que debiera llevar a que su resultado no fuera divergente en cuanto a la determinación de la deuda existente entre Fiat y Nova Central S.A.», Y que nada obsta a que la principal defensa de Fiat se deba enjuiciar en el presente proceso con plenitud de efectos (FD Cuarto).

»Con esa argumentación este tribunal quiso preservar los principios de seguridad jurídica y coherencia de las distintas resoluciones judiciales sobre un mismo asunto, en el aspecto objetivo, pese a no existir identidad de partes.

»Aunque o no se dé el requisito de la identidad de partes que exige el art. 222.4 LEC para vincular a la sentencia posterior, una sentencia anterior puede producir sobre un litigio posterior efectos reflejos, que es conveniente respetar, para preservar aquellos principios generales de nuestro ordenamiento, a fin de garantizar la certidumbre y seguridad jurídica, evitando sentencias contradictorias o discordias en la decisión de la cuestión objetiva.

»Como indica la STS de 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1797), es cierto que el art. 222.4 LEC exige, para que la sentencia que haya puesto fin a un proceso y ganado firmeza vincule al tribunal que conoce de otro posterior, además de que constituya un antecedente lógico de lo que era objeto de éste, que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o que la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal. Pero debe tenerse en cuenta que, además de la cosa juzgada en sentido positivo, las sentencias firmes pueden producir en un ulterior proceso un efecto distinto, conocido como indirecto o reflejo (Sentencia de 7 de mayo de 2007 (RJ 2007, 2817) y las que en ella se citan), como «el que deriva de contener la afirmación de un hecho destinado a integrar el supuesto de una relación jurídica en la que es parte un tercero y constituye la materia de un posterior proceso».

»Asimismo, la STS de 25 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3719) recuerda que la jurisprudencia del TS admite que la

sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo (SSTS de 18 de marzo 1987 (RJ 1987, 1516), 3 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8571), 27 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3930), 7 de mayo de 2007, RC n.º 2069/2000 (RJ 2007, 2817)), criterio que se funda en que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulten que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el principio de seguridad jurídica y con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE (STC 34/2003, de 25 febrero (RTC 2003, 34)).

»Estimamos que esos efectos indirectos determinan o condicionan la presente resolución por razones de coherencia entre las decisiones judiciales. Y, en todo caso, aunque no se apreciara ese efecto vinculante, el tribunal, valorando la prueba obrante en las actuaciones, que ha reproducido materialmente la practicada en el anterior litigio contra los administradores, llega a la misma conclusión».

En segundo lugar, respecto a la cuestión de fondo, esto es, a la apreciación de una compensación contable en la liquidación de la relación negociable entre las partes, declaró:

«[...] Es lógico, y así deriva de la documental aportada, que en un contrato de tracto sucesivo con obligaciones recíprocas para ambas partes se estableciera en la práctica operativa, expresa o tácitamente, un sistema de cuenta corriente para compensar los créditos y deudas representados por las recíprocas facturas y hacer exigible el saldo resultante bien periódicamente o bien a la extinción de la relación, que es el problema que se ha planteado. Sólo así se explica que NOVA CENTRAL pueda reclamar un importe de casi 49 millones de pesetas y FIAT pueda reclamar, por facturas contra la quebrada, un importe muy superior, generado por la venta de vehículos y piezas (que, en principio, parece que siempre será superior a lo que pudiera facturar la concesionaria a la fabricante por reparaciones y otros conceptos).

»Es indiscutido que a la fecha de extinción de la relación comercial (octubre de 1994) y en todo caso a la fecha de la declaración de quiebra de NOVA CENTRAL, era necesaria una liquidación de las operaciones comerciales desarrolladas en el marco contractual general que tuviera en cuenta las facturaciones recíprocas pendientes de pago (que, está admitido, las había).

»No se trata, como apunta FIAT, de una liquidación por compensación legal o técnico-jurídica (art. 1.196 CC), contra la cual podrían oponerse reparos una vez declarada la quiebra de una de las partes (actualmente es el art. 58 LC el que regula esta problemática), sino una compensación contable entre ambas partes dimanante de

una sola relación jurídica que, mediante sumas y deducciones, debe determinar un saldo deudor y correlativo acreedor a favor de una o de otra parte, como resultado del efectivo cumplimiento de sus sucesivas y regulares prestaciones, y que debe realizarse al término de la relación.

»[...] La liquidación de la relación, computando las recíprocas facturas, fue realizada en la demanda que FIAT interpuso contra los administradores y fue validada o confirmada por la sentencia de este tribunal de fecha 26 de enero de 2000 que, efectivamente, tuvo que fijar la deuda social, controvertida por los administradores, como presupuesto para declarar su responsabilidad personal.

»Las facturas cuyo pago reclama la Sindicatura fueron aportadas en aquella demanda como soporte probatorio del saldo contractual final, junto con las facturas de FIAT, y valoradas por el tribunal para fijar el crédito total a favor de FIAT y a cargo de NOVA CENTRAL, del que debían responder los administradores.

»Es decir: lo que reclamó FIAT a los administradores en aquella demanda, aunque no demandara a NOVA CENTRAL, porque la responsabilidad de sus administradores era solidaria (art. 262.5 TRLSA), era el saldo de la liquidación de la relación comercial (más las rentas arrendaticias y el crédito por el pago, en cuanto fiadora, de la deuda generada por el préstamo concedido por el banco italiano). Y ese saldo fue ratificado por la sentencia de esta Sala, tras valorar los medios de prueba propuestos por FIAT y por los administradores de NOVA CENTRAL.

»[...] En definitiva, la Sindicatura reclama unas facturas, veraces, por servicios prestados efectivamente y conceptos debidos por FIAT, pero no las enmarca en el contexto de liquidación global de la relación, en el que hay que tener en cuenta las facturas, también debidas, por suministros veraces, emitidas por FIAT, y cuya compensación contable, necesaria a los efectos de la liquidación de una misma relación comercial, sin que suponga una compensación en sentido técnico-jurídico (art. 1.196 CC) o compensación judicial, arroja un saldo deudor a cargo de la quebrada por el importe reclamado en el anterior litigio contra sus administradores».

7. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Cosa juzgada material. Efectos indirectos o reflejos de sentencia anterior sobre un litigio posterior.

1. La recurrente, al amparo de los ordinales 2.º, 3.º y 4.º del artículo 469.1 LEC, interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en un único motivo.

En dicho motivo, denuncia como infringido el artículo 222.4 de la LEC, relativo a los efectos de la cosa juzgada

material, así como la infracción de los artículos 9.3 y 24.1 CE. Argumenta que en el presente procedimiento no se dan los presupuestos para apreciar el efecto de cosa juzgada (distintos títulos de las acciones, causas de pedir diversas e inexistencia de identidad de partes).

2. El motivo debe ser desestimado.

La jurisprudencia de esta sala, contenida, entre otras, en las citadas SSTs de 25 de mayo (RJ 2010, 3719) y 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1790), pero también en otras más recientes como la 963/2011, de 11 de enero de 2012 (RJ 2012, 175) y la 341/2017, de 31 de mayo (RJ 2017, 2492), admite que, además de la cosa juzgada en sentido positivo, las sentencias firmes puedan producir en un ulterior proceso un efecto distinto, conocido como efecto «indirecto o reflejo», que es el que deriva de contener la afirmación de un hecho destinado a integrar el supuesto de una relación jurídica en la que es parte un tercero y constituye la materia de un posterior proceso.

Esto es lo que ocurre en el presente caso en donde, de forma acertada, la sentencia recurrida estima que estos efectos indirectos condicionan la resolución de la controversia planteada, pues valorando la prueba obrante en las actuaciones, que reproduce materialmente la practicada en el anterior litigio de referencia, llega a la misma conclusión en los siguientes términos:

«[...] La anterior sentencia de este tribunal, de 26 de enero de 2000, fijó la deuda negocial a cargo de NOVA CENTRAL S.A. frente a FIAT AUTO ESPAÑA S.A, a efectos prejudiciales (como precisarnos en nuestro auto de 1 de diciembre de 2011) para enjuiciar la responsabilidad de los administradores. Lo hicimos tras la valoración de la prueba obrante en los autos y las defensas de quienes fueron sus administradores años antes de la solicitud de quiebra (hasta pocos meses antes). Esa valoración comprende los documentos aportados por FIAT en aquel proceso para fijar el saldo resultante de las operaciones entre las partes, que incluía las facturas de FIAT, como las emitidas por NOVA CENTRAL que se reclaman en la presente demanda: FIAT ha detallado la completa correspondencia entre las facturas que aquí se reclaman y las que se aportaron en aquel procedimiento. Nos parece claro que para fijar aquel saldo deudor; en particular el derivado de deuda comercial, tanto FIAT, cuya pretensión cuantitativa fue estimada, como este tribunal tuvieron en cuenta, para deducir del saldo final global, las facturas ahora reclamadas, que no pueden ser exigidas de modo aislado, al margen de la liquidación global de la relación sin computar las facturas adeudadas por NOVA CENTRAL a FIAT».

Recurso de casación.

TERCERO.- Derecho concursal. Contrato de concesión de venta de vehículos y servicios preventiva y postventa. Cuenta corriente. Liquidación de la relación negocial. Compensación

contable y determinación de un saldo deudor. Artículo 58 LC. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, denuncia la infracción de los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil, con cita de las SSTs de 17 de marzo de 1977, 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3809) y 25 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8096). Argumenta que la sentencia recurrida interpreta erróneamente los citados preceptos, pues en el presente caso no concurren los presupuestos para que pueda operar la compensación legal.

2. El motivo debe ser desestimado.

En el presente caso, en realidad, no nos encontramos ante una compensación propiamente dicha, esto es, un subrogado del pago en el que una deuda se extingue hasta donde concurre con otra distinta, cuando cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro, cumpliéndose los demás requisitos previstos en el artículo 1.196 del Código Civil.

Por el contrario, como declara la sentencia recurrida, se está ante un supuesto de liquidación de una única relación contractual de la que han surgido obligaciones para una y otra parte. En las sentencias 188/2014, de 15 de abril (RJ 2014, 1963), y 428/2014, de 24 de julio (RJ 2014, 4590), hemos declarado que en estos supuestos, incluso en el caso de que se tratara de una relación contractual de la que surjan créditos de carácter concursal, nos encontramos ante un mecanismo de liquidación del contrato y no ante compensaciones, propiamente dichas, a las que le sea aplicable el artículo 58 LC.

A mayor abundamiento, además esta liquidación se realiza a través del sistema de compensación de una cuenta corriente establecida por las partes, tal y como expresamente declara la sentencia recurrida. En este sentido, la compensación propia del sistema de cuenta corriente de crédito queda excluida de la prohibición legal porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto.

Compensación contable, derivada de la cuenta corriente, que queda excluida de la quiebra de Nova Central S.A, por lo que no se infringe el principio de par condicio creditorum.

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 342/2015] DE 20 DE JULIO DE 2017 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]**

*Contratación bancaria: producto financiero de alto riesgo.- Derecho aplicable: la norma de conflicto establece el criterio de la Ley elegida por las partes (principio de autonomía de la voluntad), si bien la elección ha de ser expresa e inequívoca.- Legitimación pasiva de la empresa de inversión que actúa más como una distribuidora que adquiere el producto de inversión del emisor y lo vende a sus clientes, que como un mero agente de intermediación.- Un inversor financiero que asume un riesgo elevado por la posibilidad de percibir una retribución elevada no puede pretender que la recuperación del 15% de su inversión mediante la recepción de acciones de una sociedad reestructurada le sea más perjudicial que la pérdida total de su inversión. Por tal razón, no puede considerarse como un supuesto de imposibilidad sobrevenida que uno de los valores subyacentes sufra una reestructuración (el cambio del sector de negocio en que opera la sociedad a la que corresponde tal valor), pues tal riesgo es inherente a cualesquiera inversiones financieras, más aún cuando uno de los riesgos que se preveían expresamente era el de pérdida total de la inversión. Una modificación estructural de una sociedad mercantil (transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social), de la que resulte incluso una reorientación de su actividad social, no puede considerarse en sí misma como un suceso imprevisible que constituya un supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación (art. 1184 CC) o permita la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus.*

«Ha resultado acreditado en la instancia que el demandante, D. Obdulio, firmó el 27 de marzo de 2008 una orden de compra, cuya confirmación recibió el siguiente 2 de abril, del producto financiero denominado «Nota Estructurada Autocancelable 3 bancos europeos abril 2013» (en adelante, la Nota) que según la información publicitaria se caracterizaba por:

- Vencimiento: 5 años con posibilidad de cancelación anticipada en cada fecha de observación anual.
- Activo subyacente: tres valores del sector bancario europeo: BBVA, Fortis y Barclays.
- Nivel inicial: precio de cierre oficial de las dos acciones que componen la cesta el día 14 de abril de 2008.
- Comportamiento de la Nota: Cupones anuales:
  - Si en cada fecha de observación anual, las tres acciones cotizan igual o por encima del 90% del nivel inicial, la Nota se cancela devolviendo el 100% del capital inicial y un cupón del 17%.
  - Si en cada fecha de observación anual, las tres acciones cotizan igual o por encima del 50% del nivel inicial, la nota paga un cupón del 17% y pasa al siguiente año.

· En caso contrario, es decir si alguna de las tres acciones cotiza por debajo del 50% del nivel inicial, la Nota no paga cupón y pasa al siguiente año.

· A vencimiento (si la Nota no se ha cancelado anticipadamente):

· Si las tres acciones cotizan igual o por encima del 50% del nivel inicial, la Nota devuelve el 117% del nominal invertido.

· Si al menos una de las acciones cotiza por debajo del 50% del nivel inicial, el inversor recibe la acción con peor comportamiento en una cantidad equivalente a la siguiente expresión: Número de acciones a entregar = Nominal inicial / Nivel inicial peor acción.

Ejemplo Indicativo:

- Nominal inicial = 100.000 EUR

- Nivel inicial por acción = 10 EUR

- Nivel final (año 5) peor acción = 4 EUR

- Número de acciones a entregar =  $100.000/10 = 10.000$  acciones

- Valor final de la cartera =  $10.000 \times 4 = 40.000$  EUR

Por este motivo, la Nota no está garantizada en la fecha de vencimiento.

El mismo documento contiene las condiciones indicativas del producto, entre las que destacan:

Emisor: Morgan Stanley & Co. International Plc (MSI Plc)

Distribuidor: Morgan Stanley Wealth Management S.V, S.A.U.

ISIN: XS0355136390

Capital Garantizado: No. Si a vencimiento alguna de las 3 acciones cotiza igual o por debajo del 50% del nivel inicial el inversor recibe la acción con peor comportamiento.

Cupón: La Nota paga cupón del 17% si en cada fecha de observación anual las 3 acciones cotizan igual o por encima del 50% del nivel inicial de referencia. Si además las 3 acciones cotizan igual o por encima del 90%, la Nota se autocancelaría devolviendo el 100% del capital inicial, además de ese cupón del 17%.

Beneficios: La Nota está referenciada a tres de los valores más representativos del sector bancario europeo.

Consideraciones: Las Notas son instrumentos adecuados únicamente para aquellos inversores sofisticados dispuestos a asumir riesgos y que estén dispuestos a renunciar al cobro

de los tipos de interés variables de las Notas a cambio del importe del reembolso. La Nota tiene un mecanismo de protección de capital siempre y cuando los tres subyacentes se encuentren, a vencimiento, igual o por encima del 50% del nivel inicial. En caso contrario, la Nota no garantiza el 100% del capital.

Inversores objetivo: Clientes que busquen exposición a tres valores bancarios europeos a través de un perfil rentabilidad/riesgo distinto al de la compra directa de acciones. Inversores que buscan cupones potenciales por encima de la rentabilidad libre de riesgo, asumiendo riesgos de pérdida de capital.

2.- La orden de compra fue dada a Morgan Stanley Wealth Management S.V, S.A.U, división española de banca privada de Morgan Stanley & Co. International Plc, de la que el demandante era cliente desde varios años antes. Pero cuando se recibió la confirmación pocos días después, se había consumado la venta de Morgan Stanley Wealth Management S.V, S.A.U a La Caixa D'Estalvis I Pensions de Barcelona.

3.- La Nota era un instrumento financiero de alto riesgo. El inversor, D. Obdulio, era una persona experta en inversiones habida cuenta su experiencia en el sector. Antes de contratar la Nota objeto de este recurso había contratado otros productos estructurados de características similares, había invertido en SICAVS de Luxemburgo, en fondos de inversión nacionales y en acciones de compañías extranjera y españolas. El demandante solicitó el 5 de septiembre de 2007 ser incluido en el registro de «inversores cualificados» de Morgan Stanley SV SAU conforme a lo dispuesto en el art. 39.1.d del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, pues manifestó reunir dos de las circunstancias previstas en dicho precepto. Esta norma tiene el mismo contenido que el apartado 3.e del art. 78.bis de la Ley del Mercado de Valores, en la redacción que le dio la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que regula los requisitos para que un cliente pueda renunciar a ser tratado como un inversor minorista. La inclusión en ese registro estaba vigente cuando contrató la Nota.

4.- En el folleto publicitario de la Nota se hacía constar:

«Fortis: El banco belga destaca por ser uno de los más fuertes a nivel mundial en el negocio de banca privada y gestión de grandes patrimonios. Tras formar parte del consorcio (junto a Royal Bank of Scotland y Banco Santander) que compró ABN AMRO y debido a las dudas sobre el alcance de la crisis "subprime" en el sector financiero, el valor ha sido muy castigado. Según Bloomberg, cotiza a un PER de 5,5 veces. Del total de analistas consultados por esta fuente 14 de ellos recomiendan comprar el valor, 5 de ellos recomiendan mantener y 7 de ellos recomiendan vender la acción, con un precio objetivo de consenso de 20,01 EUR por título»



5.- Fortis, sociedad cuyas acciones constituían uno de los tres subyacentes de la Nota, fue intervenida por los Estados belga, holandés y luxemburgués a finales del mes de septiembre de 2008 por su grave situación económica. La cotización de las acciones de Fortis estuvo suspendida durante los días 6 a 14 de octubre de 2008 y su cotización se desplomó en más de un 75%. Tras estos acontecimientos, el grupo Fortis quedó repartido de la siguiente manera: la división bancaria belga y luxemburguesa fue vendida al banco BNP Paribas; las divisiones de seguros y banca de Holanda fueron adquiridas por el gobierno holandés y se transformó en ABN AMRO; y el resto del negocio, concretamente la división de seguros belga, se mantuvo en Fortis, que cambió su nombre por el de Ageas, porque la marca Fortis se traspasó también a BNP Paribas. Ageas conserva el código ISIN que tenía Fortis.

#### SEGUNDO.- Resumen del proceso

1.- El demandante presentó la demanda el 16 de febrero de 2011 contra la Caixa D'Estalvis I Pensions de Barcelona (en lo sucesivo, Caixabank) y Morgan Stanley & Company Co Internacional PLC (en lo sucesivo, Morgan Stanley).

En ella ejercitó, con carácter principal, la acción resolutoria basada en el artículo 1124 del Código Civil. Solicitó que se declarara que en la relación contractual de prestación de servicios de inversión entre Morgan Stanley, a través de su sucursal española (actualmente Caixabank) y el demandante, para la adquisición por este último del producto financiero denominado «Nota Autocancelable sobre tres valores subyacentes», habían sido incumplidas de manera esencial las obligaciones de información, evaluación de la idoneidad del inversor y prestación de medios y soluciones necesarias para garantizar el mejor resultado de la inversión que vienen impuestas al prestador de servicios de inversión en la normativa vigente sobre mercado de valores; que se resolviera el contrato, por tal incumplimiento, y se condenara a las codemandadas de manera solidaria a restituir al actor la inversión efectuada, de un importe de 650.000 euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

Con carácter subsidiario, y para el caso de que se entendiera que no existió incumplimiento de contrato ni causa de resolución por este motivo, el demandante solicitó la resolución de dicha relación obligacional por imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, de modo que se condenara a las codemandadas a restituir al actor la inversión de 650.000 euros.

Y subsidiariamente, respecto de lo anterior, de entenderse que no existía causa de resolución por incumplimiento de contrato ni tampoco imposibilidad sobrevenida de la prestación, solicitó con base en la cláusula rebus sic stantibus que se condenara a las codemandadas a continuar la relación contractual con la modificación de la misma consistente en la subsistencia de la inversión en las mismas condiciones contractuales pero únicamente referida a los

dos valores de la cesta adquirida cuya actividad bancaria permanece, cuales son BBVA y Barclays, con la finalidad de restituir el equilibrio contractual inicial y su finalidad económica, decretando, subsidiariamente, la resolución del contrato para el caso de que se entendiera que el restablecimiento de dicho equilibrio no permitía la conservación o continuación de la relación obligacional, y se condenara solidariamente a las codemandadas, en este último caso, a restituir al actor la inversión efectuada en el importe de 650.000 euros.

2.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó totalmente la demanda. Afirmó que, en contra de lo pretendido por Morgan Stanley, el litigio debía resolverse aplicando el Derecho español, no el inglés. El juzgado consideró que no había existido incumplimiento pues el demandante había sido informado adecuadamente de la naturaleza y riesgos de la Nota, y en concreto de la situación de Fortis. Tampoco consideró que concurriera imposibilidad de cumplimiento de la obligación por el hecho de que Fortis hubiera pasado a ser Ageas, conservando el mismo código ISIN, y se dedicara únicamente al sector asegurador, abandonando el negocio bancario. Y finalmente no consideró que concurrieran los requisitos de la doctrina rebus sic stantibus que justificara modificar la relación contractual, refiriéndola solo a una cesta de dos valores, BBVA y Barclays, ni que por tal razón procediera la resolución del contrato.

3.- El demandante recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial confirmó que no había existido un incumplimiento por parte de las demandadas de sus obligaciones de informar sobre la naturaleza y riesgos del producto. Pero consideró que se había producido una imposibilidad sobrevenida en el cumplimiento del contrato puesto que en caso de que alguna de las acciones que constituían el subyacente de la Nota bajara por debajo del 50%, ya no era posible entregar esas acciones como correspondientes a un banco, puesto que Fortis había pasado a ser la aseguradora Ageas, cambiando de actividad, con lo que se habría frustrado la finalidad del negocio para el inversor, puesto que este no iba a recibir ya acciones de un banco sino de una aseguradora.

Por tanto, consideró de aplicación el art. 1184 del Código Civil, que exige una alteración de circunstancias completamente extraordinaria y racionalmente imprevisible. Al concurrir una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación que libera al deudor y extingue la obligación, acordó la resolución del contrato y condenó solidariamente a las demandadas a restituir al demandante los 650.000 euros de su inversión.

4.- Tanto Morgan Stanley como Caixabank han interpuesto recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra la sentencia, que han sido admitidos a trámite.

Las extensas alegaciones realizadas por el demandante a lo largo de su escrito de oposición a los recursos sobre la

inadmisibilidad de los recursos no pueden estimarse, puesto que los recursos, con las excepciones que se verán respecto de alguno de sus motivos, reúnen los requisitos mínimos para ser admitidos a trámite, sin perjuicio de algunas incorrecciones aisladas que carecen de entidad suficiente para determinar su inadmisión.

Sobre esta cuestión, este tribunal fijó criterio en su auto de pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso núm. 485/2012), asumido también en las sentencias 351/2015, de 15 de junio, 550/2015, de 13 de octubre, y 577/2015, de 5 de noviembre, y 188/2016, de 18 de marzo, entre otras. Dijimos en estas resoluciones: «Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero, 12/2003, de 28 de enero, 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo, y núm. 329/2010, de 25 de mayo). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

Debe tomarse en consideración cuál es la finalidad de los requisitos exigidos en el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la

Sala y permita de este modo que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa.

Esta interpretación flexible y finalista de los requisitos de acceso al recurso de casación respeta la doctrina que, en relación a este aspecto del derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias de 27 de julio de 2006 (Efsthathiou y otros contra Grecia), 24 de abril de 2008 (Kemp y otros contra Luxemburgo), 30 de julio de 2009 (Dattel contra Luxemburgo), 5 de noviembre de 2009 (Nunes Guerreiro contra Luxemburgo) y 22 de julio de 2010 (Ewert contra Luxemburgo).

En este caso, como se verá, estos requisitos se cumplen suficientemente puesto que, con la excepción que se dirá, los problemas jurídicos están suficientemente identificados y la alegación de infracción legal adecuadamente formulada y desarrollada.

Asimismo, se plantean como causa de inadmisión cuestiones que, por su trascendencia, pueden dar lugar en su caso a la desestimación del motivo, pero no a su inadmisión inicial.

TERCERO.- Cuestión previa: la aportación por Morgan Stanley de una sentencia de primera instancia como «documento decisivo».

1.- Morgan Stanley, con posterioridad a la interposición de su recurso, aportó la sentencia dictada por un Juzgado Mercantil de Alicante en un litigio que, alega, es similar al que es objeto del recurso y en el que se aceptó su tesis de que la pretensión formulada por el comprador de una nota estructurada emitida por Morgan Stanley debe resolverse aplicando el Derecho inglés. Se trata de una sentencia dictada con posterioridad a que Morgan Stanley interpusiera el recurso de casación.

Según Morgan Stanley, se trata de una sentencia condicionante o decisiva, a los efectos del art. 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo, alega que, dado que dicha sentencia es firme, debe incorporarse al recurso «con la finalidad de evitar la posibilidad de que una futura sentencia [del Tribunal Supremo] entre en contradicción con el pronunciamiento firme [de una sentencia de primera instancia] de que el Derecho aplicable a la Nota litigiosa es el inglés».

2.- La pretensión formulada por Morgan Stanley es manifiestamente infundada. La sentencia aportada carece de naturaleza decisiva o condicionante en este pleito. Se limita a dar la razón a la tesis de Morgan Stanley, del mismo modo que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia dictada en el presente litigio no se la dio.

3.- La tesis de que debe evitarse un pronunciamiento del Tribunal Supremo que declare que no es aplicable el

Derecho inglés porque la sentencia de un Juzgado Mercantil ha declarado que sí lo es y, como esta última sentencia no ha sido recurrida, un pronunciamiento de esta sala en un sentido distinto vulneraría el art. 24 de la Constitución, es absurda.

Morgan Stanley pretende que el Tribunal Supremo, cuya jurisprudencia debe resolver la contradicción que pueda existir entre las líneas decisorias de las diversas Audiencias Provinciales (de ahí que uno de los supuestos de interés casacional que justifica la admisión del recurso de casación en el supuesto del art. 477.2-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil sea que «la sentencia recurrida [...] resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales»), no pueda adoptar la decisión que considere correcta y tenga que seguir necesariamente la tesis sustentada en una sentencia de primera instancia por la simple razón de que no fue recurrida y quedó firme. Cuando se discute cuál deba ser el alcance de la eficacia vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Morgan Stanley pretende que lo que resulta vinculante para el Tribunal Supremo es una sentencia que previamente haya dictado un tribunal de primera instancia.

Lo inconsistente de la tesis hace innecesario profundizar en la cuestión.

4.- En conclusión, la sentencia aportada carece de naturaleza condicionante o decisiva para resolver este recurso, por lo que no procede su admisión y toma en consideración.

Recurso extraordinario por infracción procesal de Morgan Stanley

#### CUARTO.- Formulación del segundo motivo

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal de Morgan Stanley se basa en la falta de motivación de la condena solidaria de ambas demandadas. Como dicho motivo solo devendrá relevante si se desestiman los motivos del recurso de casación que impugnan la procedencia de estimar cualquiera de las pretensiones de la demanda, se obvia en este momento su resolución, que solo será procedente en caso de desestimación de los motivos de casación que impugnan el hecho mismo de que proceda la condena de alguna de las demandadas.

2.- El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por Morgan Stanley se encabeza así: «Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso (artículo 469.1, apartados 3º y 4º LEC). Vulneración del artículo 24 CE en relación con los artículos 448 y 456 LEC, los artículos 216 y 218 LEC y los principios básicos que rigen nuestro derecho procesal»

3.- En el desarrollo del motivo, la recurrente impugna que la Audiencia Provincial no se haya pronunciado sobre la aplicabilidad del Derecho inglés porque Morgan Stanley no recurrió ni impugnó la sentencia del juzgado de primera instancia. Dado que la sentencia fue completamente favorable a esta, no existía gravamen que le legitimara para recurrir. La decisión de la Audiencia habría supuesto la infracción de los preceptos legales citados en el encabezamiento del motivo.

QUINTO.- Decisión del tribunal. El gravamen necesario para apelar

1.- El art. 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «contra las resoluciones de los Tribunales y Secretarios Judiciales que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la Ley».

En la sentencia 582/2016, de 30 de septiembre, afirmamos que la afectación desfavorable para la parte litigante, lo que ha venido en llamarse el «gravamen», constituye un presupuesto del recurso, que algunas resoluciones de esta sala han conectado con la legitimación para recurrir, entendido el término legitimación en un sentido amplio. De ahí que, respecto del recurso de apelación, el art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevea que la finalidad de este recurso estriba en que se revoque el auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, y que conforme al art. 461.1 de dicha ley, las demás partes puedan impugnar la resolución apelada «en lo que le resulte desfavorable».

2.- Declarábamos en esa sentencia que es doctrina de esta sala, recogida en la sentencia 432/2010, de 29 de julio, que cita otras resoluciones anteriores, la que afirma que «la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupa la posición de parte agraviada o, siendo tercero, le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir».

Afirma también la citada sentencia 432/2010 que «en el ámbito del procedimiento civil, como regla, el recurso se dirige contra el fallo, por lo que el gravamen hay que ponerlo en relación con el pronunciamiento o parte dispositiva de la sentencia, siendo ya clásica la sentencia de 7 de julio de 1983: "siendo el recurso un medio que el ordenamiento concede para impugnar una resolución judicial a la parte que se estime por ella perjudicada, claro está que constituyendo el interés jurídico el móvil de la acción procesal, carece de legitimación para interponerlo la parte a quien la decisión no le haya ocasionado perjuicio alguno, por lo que resulta inadmisibles la apelación de una sentencia por el litigante absuelto aunque lo haya sido por argumentos distintos a los aducidos por el interesado - SS. de 4 noviembre 1957, 9 marzo 1961, 27 junio 1967 y 18 abril 1975, entre otras-, y concretamente que no cabe el recurso interpuesto por el favorecido con un pronunciamiento absolutorio sobre el fondo, por más que obligadamente

hayan sido rechazadas las excepciones (S. de 14 junio 1951 )"».

3.- La aplicación de esta doctrina al caso objeto del recurso supone que Morgan Stanley no podía recurrir la sentencia de primera instancia porque alguno de sus argumentos no hubieran sido aceptados por el juzgado, dado que los pronunciamientos de la sentencia (desestimación de la demanda y condena en costas del demandante) le fueron completamente favorables y, por tanto, no existía gravamen que le legitimara como recurrente, tanto en la apelación principal como en la impugnación.

La consideración de que el Derecho aplicable era el español y no el inglés, como sostenía Morgan Stanley, no es propiamente un pronunciamiento de la sentencia que sea susceptible de ser apelado por dicha demandada, siquiera mediante impugnación en caso de que la demanda hubiera sido desestimada. Constituía un simple razonamiento de la sentencia, no susceptible de impugnación por quien, pese a no haber visto acogida es desestimada.

No se estaba tampoco ante el supuesto excepcional, recogido en la sentencia 157/2003 del Tribunal Constitucional, de que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generaran un perjuicio para el recurrente, con independencia absoluta del contenido de tal parte dispositiva, situación esta que excepcionalmente permite al litigante recurrir la resolución.

4.- Lo expuesto determina que las razones expresadas por la Audiencia Provincial para no abordar la cuestión del Derecho aplicable no sean correctas. Una vez que la audiencia provincial no consideró correctos los argumentos por los que el juzgado de primera instancia desestimó la demanda, debía haber abordado la cuestión relativa al Derecho aplicable, puesto que Morgan Stanley alegó en su contestación a la demanda que debía aplicarse el Derecho inglés, no el español, lo que fue rechazado por el juzgado, y mantuvo dicho argumento en su oposición al recurso de apelación, para el caso de que la Audiencia Provincial no estimara correctos los argumentos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que llevaron a la desestimación de la demanda, como así ocurrió.

5.- Dado que el motivo de infracción procesal hace referencia a una cuestión puntual de la sentencia y que uno de los motivos del recurso de casación interpuesto por Morgan Stanley versa justamente sobre esta cuestión, la eficacia de la estimación de este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal determina que deba abordarse este motivo de casación con carácter previo a seguir examinando las cuestiones planteadas en los recursos extraordinarios.

Primer motivo del recurso de casación de Morgan Stanley

SEXTO.- Formulación del primer motivo del recurso de casación de Morgan Stanley

1.- Morgan Stanley alega que formula un único motivo de casación, porque incurre en el error de interpretar la previsión del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que «el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso», como determinante de que en el recurso de casación solo pueda formularse un motivo de recurso que haya de englobar todas las infracciones legales, cuando lo cierto es que, como este tribunal ha declarado en los acuerdos sobre criterios de admisión, no debe confundirse que el recurso solo pueda fundarse en esta infracción con la imposibilidad de alegar diversas infracciones en un mismo recurso. Cuando se alegue más de una infracción, cada una de ellas debe ser formulada en un motivo distinto y todos ellos deben ser numerados correlativamente.

En este caso, lo que el recurrente presenta como varios apartados de un único motivo del recurso de casación son, en realidad, motivos autónomos y como tales han de ser tratados.

2.- El encabezamiento del primer motivo del recurso de casación interpuesto por Morgan Stanley es el siguiente: «el derecho aplicable a la Nota es el derecho inglés».

3.- En el motivo se alega que «la Nota se rige e interpreta de conformidad con las leyes de Inglaterra, según se expresa tanto en el Folleto Base como en las Condiciones Finales (documentos a los que explícitamente se remite la orden de compra suscrita por el demandante) así como en el resumen del Folleto Base publicado en la CNVM». Se añade que «los documentos en los que se recoge la sumisión a la ley inglesa se encontraban a disposición del inversor y son de acceso público. El Folleto Base se encontraba disponible en la página web de la Bolsa de Luxemburgo y el Resumen del Folleto Base en español estaba disponible en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores».

Según la recurrente, el juzgado, al no aceptar esta tesis y aplicar el Derecho español, habría infringido el art. 3.1 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980.

SÉPTIMO.- Decisión de la sala. Inaplicabilidad del Derecho inglés por falta de consentimiento del contratante adherente

1.- El art. 3.1 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales establece: «Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias».

2.- El fundamento de esta norma de conflicto, que establece el criterio de la ley elegida por las partes para resolver el

conflicto de leyes cuando existe un elemento internacional en el contrato, es el de la autonomía de la voluntad, aplicable por lo general en aquellas materias en que no prevalecen criterios legales imperativos.

Esta norma de conflicto permite que las partes elijan de común acuerdo, para que rija el contrato que han celebrado, la ley que más convenga a sus intereses. Pero justamente por ser ese su fundamento, se exige que conste con claridad que ambas partes, y no solamente una de ellas, han elegido una determinada ley para que rija el contrato. De ahí que el segundo inciso del párrafo transcrito exija que la elección sea expresa o que resulte «de manera segura» («de manera inequívoca» dice el actual Reglamento [CE] nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales) de los términos del contrato o de sus circunstancias.

3.- No puede entenderse que haya existido una elección expresa de la ley inglesa por parte del demandante al adquirir la Nota estructurada, ni que tal elección resulte de manera segura de los términos del contrato suscrito por el demandante ni de las circunstancias concurrentes, por el hecho de que los documentos en los que se recoge la sumisión a la ley inglesa se encontraran disponibles en la página web de la Bolsa de Luxemburgo o en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

En la orden de compra firmada por el demandante no aparecía esa elección del Derecho inglés. En los documentos informativos que se suministró al demandante antes de la firma de la orden de compra tampoco aparecía esa elección del Derecho inglés, por lo que tampoco puede considerarse que, pese a no constar expresamente esa elección en el contrato puesto a la firma del cliente, existiera una mención clara y suficientemente visible en la documentación precontractual que pudiera ser interpretada como indicativa del conocimiento y aceptación por el comprador de esa elección de un Derecho extranjero para que rigiera la relación contractual.

4.- El hecho de que el emisor de la Nota estructurada fuera una sociedad inglesa no es tampoco una circunstancia de la que resulte de manera segura que el contrato que se celebre para adquirir un producto financiero estructurado emitido por dicha sociedad haya de regirse por el Derecho inglés cuando el producto se comercializa en otro Estado, dado que el contrato se celebró en España y tanto quien emitió la orden de compra como quien la recibió eran personas, una física y otra jurídica, de nacionalidad española.

5.- Por último, ha de precisarse que el informe del experto inglés sobre el contenido del Derecho inglés solo puede tomarse en consideración con relación al contenido de este Derecho extranjero en caso de que el tribunal español considere que la norma de conflicto remite a la aplicación de ese Derecho extranjero. Se trata del único supuesto en que es admisible prueba sobre el contenido y la vigencia del

Derecho aplicable al litigio, y en concreto, el único supuesto en que es admisible una pericia de contenido jurídico.

Pero no es admisible que el ámbito de dicha prueba pretenda extenderse a la aplicación de las normas de conflicto, sean las de Derecho interno, las de Derecho convencional o las de Derecho europeo, puesto que tales normas no son Derecho extranjero, y sobre ellas no es admisible prueba alguna, y en concreto, no es admisible el dictamen de un experto. Son por tanto irrelevantes las declaraciones del experto en Derecho inglés que emitió el informe pericial y declaró en el juicio, en el sentido de que en este caso procedía la aplicación del Derecho inglés y no del Derecho español.

6.- Por lo expuesto, este motivo de recurso debe rechazarse. Una vez sentado que no resulta de aplicación el Derecho inglés sino el español, procede seguir examinando el resto de motivos de recurso extraordinario por infracción procesal y, de no ser estimados estos, los de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Caixabank.

#### OCTAVO.- Formulación del primer motivo

1.- El encabezamiento con que se inicia el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Caixabank es el siguiente:

«Al amparo del artículo 469.1-2º de la LEC, por vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia que se concretan en la interdicción de la incongruencia, en particular el artículo 218 de la LEC, al haber impuesto a Caixabank las consecuencias de la resolución de un contrato del que la propia sentencia recurrida reconoce que Caixabank fue una mera comercializadora».

2.- En el desarrollo del motivo se alega que imponer a Caixabank las consecuencias de la resolución de un contrato respecto del que se reconoce que Caixabank fue una mera comercializadora «adolece de un grave vicio de incongruencia o en la motivación, pues se aparta de las reglas de la lógica y de la razón».

#### NOVENO.- Decisión del tribunal. Desestimación del motivo

1.- La congruencia de las sentencias se mide por el ajuste entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendido.

La sentencia de la Audiencia Provincial ha estimado la pretensión del demandante de que se resuelva el contrato y se condene solidariamente a las demandadas a restituirle la inversión, con sus intereses. En consecuencia, es



plenamente congruente con las pretensiones formuladas en el proceso.

2.- Las deficiencias en la motivación por apartarse de las reglas de la lógica y la razón a que se hace referencia en el desarrollo del motivo son algo distinto del vicio de incongruencia, que es lo que se alega al enunciar la infracción que se denuncia en el encabezamiento del motivo. Se incurre en una deficiente formulación del motivo del recurso al hacer referencia en el desarrollo a una infracción diferente de la denunciada en el encabezamiento y al mezclar en un mismo motivo cuestiones heterogéneas, como son la incongruencia de la sentencia y la motivación ilógica.

3.- Por otra parte, la exigencia del último inciso del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que la motivación debe ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón se refiere a la exposición argumental del tribunal y no a si es lógica la interpretación jurídica, ni la conclusión de este orden extraída, efectuadas por la resolución recurrida, pues se trata de cuestiones de fondo propias del recurso de casación. Así lo hemos declarado en la sentencia 152/2013, de 13 de marzo, con cita de otras anteriores.

#### DÉCIMO.- Formulación del segundo motivo

1.- El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por Caixabank se encabeza así: «Al amparo del artículo 469.1-4º de la LEC, por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, por haber rechazado la falta de legitimación pasiva de Caixabank, con infracción del artículo 10 de la LEC».

2.- Los argumentos que se exponen en el desarrollo del motivo consisten, sucintamente, en que Caixabank carece de legitimación pasiva para soportar las pretensiones formuladas por el demandante porque fue una mera comercializadora del producto financiero en el que Morgan Stanley era el emisor y el demandante, el comprador. Caixabank se habría limitado a ejecutar la orden de su cliente y posteriormente prestó un servicio de depósito y custodia del valor negociable adquirido por este.

UNDÉCIMO.- La legitimación pasiva en las acciones basadas en el incumplimiento o en la imposibilidad de cumplimiento de los contratos de adquisición de productos financieros complejos ofertados por las empresas de inversión.

1.- El demandante adquirió la Nota emitida por Morgan Stanley porque Caixabank (más exactamente, la sociedad a la que Caixabank sucedió antes incluso de que se confirmara la orden de compra) se la ofertó. La orden de compra fue suscrita entre el demandante y la sociedad de la que Caixabank es sucesora.

2.- Esta sala ha aceptado en ocasiones anteriores la legitimación pasiva de la empresa de inversión, por lo

general una entidad bancaria, que oferta a sus clientes un producto de inversión y recibe de estos la orden de compra, cuando estos ejercitan una acción de nulidad y piden la restitución de lo que invirtieron. Lo hicimos en las sentencias 769/2014, de 12 enero, 625/2016, de 24 de octubre, y 718/2016, de 1 de diciembre, entre otras.

Razones similares justifican la legitimación pasiva de dicha empresa de inversión cuando se ejercita una acción basada en el incumplimiento contractual, que por lo general consiste en una defectuosa información sobre la naturaleza y los riesgos del producto o servicio de inversión, o en la imposibilidad de cumplimiento de la prestación a que tiene derecho el inversor.

3.- Cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente y adquiere un producto de inversión que le es ofrecido por esta, el negocio no funciona realmente como una intermediación de la empresa de inversión entre el cliente comprador y la entidad emisora o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente de un producto de inversión que el banco se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del comisionista. Es más, por lo general el cliente no sabe cómo obtiene la empresa de inversión el producto que le ha sido ofertado, esto es, si la empresa de inversión lo adquiere directamente del emisor, que en ocasiones está radicado en un país lejano, o lo adquiere de un anterior inversor, que es completamente desconocido para el cliente, en un mercado secundario.

El cliente paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente, la cual le facilita el producto financiero (que usualmente queda custodiado y administrado por la empresa de inversión, de modo que la titularidad del cliente se plasma simplemente en un apunte en su cuenta de valores administrada por tal empresa de inversión), y esta obtiene un beneficio por el margen que obtiene sobre el precio que abonó por la adquisición del producto.

4.- En el presente caso, la peculiar y compleja relación comercial que resulta del contrato suscrito entre Caixabank (más exactamente, la entidad de la que esta es sucesora) y Morgan Stanley configura a aquella más como una distribuidora, que adquiere el producto de Morgan Stanley y lo vende a su vez a sus clientes, que como una mera comisionista.

5.- En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión para soportar tanto la acción de nulidad como la acción basada en el incumplimiento del contrato por el que el cliente obtuvo el producto, o de una acción en la que se pida la resolución por imposibilidad de cumplimiento y, en caso de condena cuando se ejercita la acción de nulidad, de indemnización de

daños y perjuicios o la resolutoria, debe restituir al cliente la prestación consistente en el precio que pagó por la adquisición del producto o indemnizarle en los daños y perjuicios sufridos, según cuál haya sido la acción ejercitada.

6.- Esta solución es la más adecuada a la intervención que los distintos sujetos tienen en el negocio, habida cuenta además de que el elemento determinante del incumplimiento contractual suele ser el déficit de información del cliente provocado por el incumplimiento por la empresa de inversión de las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores.

En el presente litigio, aunque se ejercitan alternativamente varias pretensiones, algunas de ellas se basan en este déficit de información imputado al predecesor de Caixabank como empresa de inversión de la que el demandante era cliente. Y, en todo caso, como se ha dicho, la posición de Caixabank es más la de una distribuidora que adquiere el producto de inversión del emisor del mismo y lo vende a sus clientes, que la de un mero agente de intermediación.

7.- De aceptar la tesis de la entidad bancaria recurrente, se estaría privando en muchos casos al cliente minorista de la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, la de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento contractual o la de resolución por imposibilidad de cumplimiento de la prestación, acciones que le otorga el ordenamiento jurídico, puesto que con frecuencia no le es posible, por lo gravoso que resulta, ejercitarla contra una entidad emisora ubicada en un Estado extranjero o contra un anterior titular del producto del que desconoce la identidad, que puede estar domiciliado también en un Estado extranjero, y que por lo general no ha tenido intervención en la causación del perjuicio al comprador.

8.- En el presente caso, el demandante, inversor experto que ha realizado una importante inversión (650.000 euros), ha demandado a ambos, tanto la empresa de inversión como la empresa emisora de la nota estructurada. Pero esta circunstancia no priva de legitimación pasiva a la empresa de inversión que ofertó y vendió el producto a su cliente, por las razones que se han expuesto.

#### Recurso de casación

DUODÉCIMO.- Inadmisibilidad del motivo segundo del recurso de casación de Morgan Stanley

1.- El encabezamiento de este segundo motivo es el siguiente: «la Nota no es un contrato sino un título: imposibilidad de aplicar la regulación contractual a una relación cartular».

2.- El motivo del recurso es inadmisibile, por cuanto que en el mismo no se identifica y denuncia la infracción de una determinada norma sustantiva, sino que se realizan

alegaciones de tipo doctrinal sobre la naturaleza de la Nota estructurada y de la relación entre el emisor y el adquirente de la misma.

El recurso de casación exige la clara identificación, en el encabezamiento del motivo, de la infracción o indebida inaplicación de la norma sustantiva que se denuncia. Y que en el desarrollo del motivo se razone por qué se infringe o se inaplica indebidamente ese precepto legal. Es por tanto incompatible con escritos de tipo alegatorio, en que se razone simplemente cuál es la solución adecuada a la cuestión litigiosa.

DECIMOTERCERO.- Formulación del tercer motivo del recurso de casación de Morgan Stanley y del primer motivo del recurso de casación de Caixabank.

1.- El tercer motivo del recurso de casación de Morgan Stanley se encabeza con este epígrafe: «la infracción del artículo 1184 del Código Civil y su desarrollo jurisprudencial».

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente y en lo que aquí interesa, que el negocio concertado por el demandante tenía naturaleza especulativa y acentuadamente aleatoria. La posibilidad de una rentabilidad muy elevada (17% anual) conllevaba a cambio la asunción de riesgos significativos para el inversor, como era el de pérdida de toda su inversión. La inversión se realizó con una visión bajista de los valores subyacentes, puesto que los beneficios para el demandante dependían de que tales valores subyacentes se situaran al final de la inversión entre un 50% y un 90% de la inversión inicial. En ese contexto, lo sucedido a Fortis, cuya cotización estaba en retroceso cuando se suscribió la Nota estructurada, no puede considerarse imprevisible a efectos del art. 1184 del Código Civil.

3.- El título que encabeza el primer motivo del recurso de casación de Caixabank es el siguiente: «Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 1184 del Código Civil y de la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que los desarrolla, por errónea aplicación de la doctrina de la imposibilidad sobrevenida».

4.- Los argumentos más relevantes que se exponen en el desarrollo del motivo consisten en que la imposibilidad de cumplimiento en las obligaciones de dar, como era el caso del contrato litigioso, se regula en el art. 1182 del Código Civil, y su aplicabilidad disminuye a medida que las cosas que deben darse tienen un mayor índice de fungibilidad, como es el caso de acciones susceptibles de ser enajenadas en bolsa.

Un inversor financiero que asume un riesgo elevado por la posibilidad de percibir una retribución elevada no puede pretender que la recuperación del 15% de su inversión mediante la recepción de acciones de una sociedad reestructurada le sea más perjudicial que la pérdida total de su inversión. Por tal razón, no puede considerarse como un

supuesto de imposibilidad sobrevenida que uno de los valores subyacentes sufra una reestructuración (el cambio del sector de negocio en que opera la sociedad a la que corresponde tal valor), pues tal riesgo es inherente a cualesquiera inversiones financieras, más aún cuando uno de los riesgos que se preveían expresamente era el de pérdida total de la inversión. Cuando alguna de las sociedades cuyas acciones servían de subyacente a la Nota estructurada podía llegar a liquidarse y extinguirse, es absurdo entender imprevisible que dicha sociedad resulte reestructurada y que resulte limitado o modificado el objeto de su negocio.

5.- El demandante, al oponerse a estos motivos, alega que efectivamente el producto financiero adquirido por el demandante era altamente especulativo y el riesgo asumido por el demandante era el de pérdida total de su inversión, pero no que las acciones que se le entregaran en caso de que alguno de los subyacentes cotizara por debajo del 50% de su valor inicial fueran de una aseguradora y no de un banco.

6.- La estrecha relación entre estos motivos, que denuncian una misma infracción legal, aconseja su resolución conjunta.

DECIMOCUARTO.- La imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación en los contratos aleatorios de naturaleza especulativa.

1.- Como se dijo al exponer los antecedentes del caso, el demandante adquirió una Nota estructurada que tenía como subyacentes las acciones de tres bancos europeos, BBVA, Barclays y Fortis, que le reportaría unas ganancias considerables si las acciones de esos tres bancos se mantenían por encima del 50% de su valor inicial a la finalización del periodo de 5 años, y especialmente si durante la vigencia de la Nota se situaban entre el 50% y el 90% de su valor inicial. Pero si al vencimiento de la Nota estructurada alguna de las tres acciones cotizaba igual o por debajo del 50% del nivel inicial de cotización, el demandante recibiría la acción con peor comportamiento y su inversión sufriría la devaluación que hubiera sufrido dicha acción durante los cinco años de vigencia de la Nota.

La Audiencia Provincial consideró que se había producido una imposibilidad sobrevenida en el cumplimiento del contrato puesto que en caso de que alguna de las acciones que constituían el subyacente de la Nota bajara por debajo del 50%, ya no era posible entregar esas acciones como correspondientes a un banco, puesto que Fortis, cuyas acciones tenían el peor comportamiento, había pasado por un proceso de reestructuración como consecuencia del cual dejó de operar en el negocio bancario (su principal rama de actividad) y se limitó a operar en el negocio asegurador, con lo que, según la Audiencia, se habría frustrado la finalidad del negocio para el inversor. Por tanto, consideró de aplicación el art. 1184 del Código Civil, al haberse producido una alteración de circunstancias completamente extraordinaria y racionalmente imprevisible. Al concurrir una

imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación que libera al deudor y extingue la obligación, acordó la resolución del contrato y condenó solidariamente a las demandadas a restituir al demandante los 650.000 euros de su inversión.

2.- La jurisprudencia de esta sala (sentencias 820/2013, de 17 de enero, y 266/2015, de 19 de mayo, con cita de otras anteriores) ha admitido la aplicación analógica del art. 1184 del Código Civil a las obligaciones de dar a que se refiere el art. 1182 del Código Civil. De este modo, se admite la liberación del deudor de cosa determinada no sólo por la pérdida de esta (art. 1182 del Código Civil) sino también por la imposibilidad legal o fáctica de entregarla (art. 1184 del Código Civil). Se trata de manifestaciones de un mismo fenómeno: la imposibilidad subsiguiente o sobrevenida de la prestación.

3.- Hemos afirmado también (sentencias 300/2011, de 4 de mayo, y 706/2012, de 20 de noviembre) que la imposibilidad sobrevenida a que se refiere el artículo 1184 del Código Civil lleva inexorablemente al incumplimiento y, en consecuencia, cuando la relación obligatoria sea sinalagmática, a la resolución del contrato o, más propiamente, a la extinción de las obligaciones nacidas del mismo con los efectos que hayan podido prever las partes o, en su caso, los propios de la resolución (devolución de la cosa con sus frutos y del precio percibido, con sus intereses).

4.- Los arts. 1182 a 1184 del Código Civil guardan una estrecha relación con el caso fortuito contemplado en el art. 1105 del Código Civil (sentencia 820/2013, de 17 de enero). De ahí que el art. 1184 del Código Civil exija una alteración de las circunstancias completamente extraordinaria y racionalmente imprevisible (sentencia 190/2014, de 16 de abril). Si tal alteración de las circunstancias que determinara la imposibilidad de la prestación hubiera sido previsible, no podría aplicarse la institución del art. 1184 del Código Civil.

5.- En cuanto a la apreciación de la imposibilidad de cumplimiento de la prestación, la sentencia 406/2006, de 21 de abril, afirmó que aunque es cierto que, en principio, la apreciación de la imposibilidad es una cuestión de hecho que, por tal condición, corresponde a los tribunales de instancia, sin embargo, junto al aspecto fáctico, puede haber otro jurídico, porque la «imposibilidad» es un concepto jurídico indeterminado y, en tal caso, el segundo aspecto es verificable en casación por su naturaleza de *questio iuris* [cuestión jurídica]. Esto último es lo que sucede en el caso objeto del recurso, en que no se discuten cuestiones fácticas atinentes a la imposibilidad, sino eminentemente jurídicas.

6.- Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta al caso objeto del recurso, en un contrato de contenido fuertemente especulativo y aleatorio como el que constituyó la adquisición de la Nota, suscrito en un contexto de crisis y con una apuesta bajista sobre valores como el de Fortis, del que se informaba que tenía problemas, cuyo alcance no

estaba aún determinado, por la crisis de las hipotecas subprime, no es correcta la afirmación de que la reestructuración y el cambio en el sector de negocio a que se dedicaba la sociedad cuyas acciones constituían, junto con las de otras dos sociedades, el subyacente de la Nota estructurada, supone una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación, a efectos del art. 1184 del Código Civil.

7.- En primer lugar, si podía exigirse al inversor que, conforme a lo previsto en el contrato, soportara el riesgo de no recibir retorno alguno a su inversión y que pudiera perder la totalidad del dinero invertido, no puede considerarse que constituya un supuesto de imposibilidad de cumplimiento de la prestación consistente en que el inversor, tal como se preveía en el contrato, reciba al término de la duración de la Nota estructurada acciones de una de las sociedades que constituyen el subyacente, por el hecho de que, como consecuencia de la crisis y de la reestructuración que sufrió tal sociedad para evitar su quiebra, haya abandonado el negocio bancario, que constituía su principal actividad, y se haya limitado al negocio asegurador, que constituía una actividad de importancia secundaria en su negocio. Sería un contrasentido considerar más perjudicial para el inversor recibir, como retorno a su inversión, las acciones de una aseguradora y recuperar de este modo parte de su inversión, que no recibir nada y perder todo el dinero invertido.

8.- Tampoco puede considerarse que la reestructuración y cambio en la actividad de Fortis fuera una situación imprevisible. Reiteramos que la contratación de la Nota estructurada era un negocio fuertemente especulativo, en el que el inversor jugaba a la baja con los valores de tres bancos, y le constaba que al menos Fortis estaba pasando por una situación comprometida porque estaba afectada por la crisis de las hipotecas subprime. Se le había informado de esta circunstancia y también de que existía el riesgo de que pudiera perder incluso la totalidad de la inversión.

En esas circunstancias, que ese banco pudiera entrar en reestructuración para evitar la bancarrota y que tras esa reestructuración la actividad de la sociedad se limitara al sector asegurador y abandonara el sector bancario, no puede considerarse como una situación imprevisible a efectos del art. 1184 del Código Civil.

9.- Las modificaciones estructurales no son situaciones anómalas o imprevisibles en una sociedad mercantil. Por el contrario, se encuentran previstas y reguladas en el ordenamiento jurídico, tanto nacional (Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) como de la Unión Europea (Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican la Directiva 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, y la Directiva 82/891/CEE, de 17 de diciembre de 1982, y la reciente Directiva (UE) 2017/1132

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, que deroga alguna de las anteriores).

A los efectos de dar cumplimiento al contrato convenido entre las partes, una modificación estructural de una sociedad mercantil, tal como una transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social, de la que resulte incluso una reorientación de su actividad social, no puede considerarse en sí misma como un suceso imprevisible que constituya el supuesto de hecho del art. 1184 del Código Civil o permita la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus. Menos aun cuando la modificación estructural afecta a una sociedad en cuyo futuro económico existían incertidumbres derivadas de la crisis de las hipotecas subprime, como ya sabía el inversor al contratar la Nota estructurada, que por eso hizo una apuesta bajista.

10.- En un contrato de esta naturaleza, la posibilidad de fuertes beneficios (un rendimiento del 17% anual de su inversión) conlleva la asunción por el inversor de riesgos significativos, el mayor de los cuales, admitido por el demandante y del que había sido informado al contratar la Nota, era la pérdida total de la inversión. Y por debajo de ese riesgo máximo, había una gama variada de riesgos menores, uno de los cuales puede ser que las acciones subyacentes que le fueran entregadas en caso de que bajaran por debajo del 50% de su cotización inicial lo fueran de una entidad que hubiera sido intervenida, reestructurada y abocada a un sector de negocio diferente del inicial.

11.- En la sentencia 597/2012, de 8 de octubre, afirmamos, con relación a un contrato de alto contenido especulativo, que los compradores, cuando se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios, se están sometiendo a una situación de riesgo aceptado que no pueden intentar repercutir sobre la parte vendedora. No pueden pretender aceptar los beneficios de la especulación y repercutir a la vendedora las pérdidas que se pudieran presentar, porque es contrario a la buena fe (art. 1258 del Código Civil) y viola el art. 1105 del Código Civil.

12.- Procede por tanto estimar estos motivos de los recursos de casación interpuestos por ambas demandadas, casar la sentencia de la Audiencia Provincial y asumir la instancia para resolver los puntos del recurso de apelación no resueltos por la Audiencia Provincial.

13.- Por las mismas razones expuestas para rechazar la aplicación del art. 1184 del Código Civil, no puede admitirse la pretensión subsidiaria de la apelante que se modifique la relación contractual, de modo que como únicos subyacentes de la nota estructurada queden los valores de BBVA y Barclays, con la finalidad de restituir el equilibrio contractual inicial y su finalidad económica, y subsidiariamente, que se acuerde la resolución del contrato para el caso de que se entendiera que el restablecimiento de dicho equilibrio no

permitía la conservación o continuación de la relación obligacional, por aplicación de la cláusula rebus sic stantibus

14.- La reestructuración de Fortis y el abandono del negocio bancario para ceñirse al asegurador, que constituía una actividad secundaria de su negocio cuando el demandante adquirió la Nota estructurada, no puede considerarse un suceso extraordinario e imprevisible, habida cuenta de la naturaleza especulativa y aleatoria del contrato, adquirido en un contexto de crisis y con conocimiento de los problemas que afrontaba Fortis como consecuencia de la crisis de las hipotecas subprime, que era mencionada en el folleto publicitario que se entregó al demandante, inversor experimentado, también en productos de riesgo.

Lo sucedido no puede considerarse un riesgo que exceda de los propios de un contrato de esta naturaleza, puesto que la situación del inversor podía haber sido peor incluso que la que resultó de la intervención y reestructuración de Fortis.

Además, como se ha dicho, las modificaciones estructurales de una sociedad no pueden considerarse como sucesos extraordinarios e imprevisibles.

15.- Tampoco puede considerarse que lo acontecido suponga una desproporción exorbitante, habida cuenta de la naturaleza especulativa y aleatoria del contrato y la expectativa de elevadas ganancias del inversor, que se compensaban con la posibilidad de sufrir un severo quebranto económico. En un contrato de inversión aleatorio y fuertemente especulativo, las ventajas y los riesgos inherentes al contrato han de tomarse en consideración para valorar si existe esa desproporción exorbitante. Difícilmente puede considerarse concurrente dicha desproporción cuando la posibilidad de ganancias muy elevadas tiene su contrapartida en el riesgo de que la posición del inversor resulte gravemente perjudicada por una evolución desfavorable de las empresas cuyas acciones constituían el subyacente de la nota estructurada, que constituye por tanto el «riesgo normal» del contrato.

La sentencia 64/2015, de 24 de febrero, declara que de los sucesos imprevisibles que sirven para sustentar la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus deben excluirse los riesgos que deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, esto es, el «riesgo normal» inherente o derivado del contrato. Y, como afirmamos en la sentencia 626/2013, de 29 de octubre, «para que sea aplicable esa técnica de resolución o revisión del contrato [la cláusula rebus sic stantibus] se exige, entre otras condiciones, como señaló la sentencia de 23 de abril de 1991, que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual».

## SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 578/2015] DE 20 DE JULIO DE 2017 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

*Competencia desleal.- La legitimación para el ejercicio de las acciones de competencia desleal exige un doble requisito: que quien pretende accionar participe en el mercado y que tenga intereses económicos directamente afectados por la conducta desleal. El término participación en el mercado debe analizarse también en función de la concreta conducta desleal, para evitar que una aproximación muy literalista del término conduzca al absurdo de negar legitimación activa al titular de los intereses económicos directamente afectados por las conductas desleales denunciadas.- La denuncia de infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el concepto de know how y su incompatibilidad con la divulgación exige especificar la norma jurídica infringida y aplicable al caso. La patente puede venir complementada con un know how, que escapa al objeto de la patente, y que puede facilitar su explotación empresarial.*

«La demandante, Pipe Restoration Technologies, LLC (en adelante Pipe) es una sociedad americana dedicada a la limpieza de tuberías. Manifiesta tener un sistema propio de actuación, que entiende tiene la consideración de «Know How», además de una patente USA y dos marcas en la UE («e-pipe» y «Aceduraflo»). El 12 de diciembre de 2006, Pipe concedió una licencia en exclusiva a Aceduraflo España, S.L. (en adelante Aceduraflo España) para la utilización de aquel sistema propio y de las marcas. Las cláusulas 8ª y 9ª del contrato imponían a la licenciataria un deber de confidencialidad y la obligación de cesar en el uso del know how una vez concluyera la relación contractual. Marco Antonio y Bernardo eran los socios de Aceduraflo España. El contrato de 12 de diciembre de 2006 fue resuelto el 4 de marzo de 2011, por incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por Aceduraflo España, entre ellas el pago de los correspondientes royalties.

Tecnología en Restauración de Tuberías sin Obras, S.L.U. (en adelante, Tecnología) es una sociedad constituida el 15 de marzo de 2011 por Basilio, quien además de socio único es su administrador. El objeto social de Tecnología era el mismo que el de Aceduraflo España. El Sr. Basilio había trabajado para Aceduraflo España, como comercial. Los tribunales del orden jurisdiccional social han entendido que había existido una sucesión de empresa de Aceduraflo España a Tecnología.

El 13 de abril de 2011, el Sr. Bernardo constituyó la sociedad Aire Corindón Epoxy, S.L., cuyo objeto social es la fabricación y venta de maquinaria para la restauración de tuberías sin obras. El 17 de abril de 2011, el hijo del Sr. Bernardo obtuvo el nombre de dominio «fontaneríasinobras.es», que redirige a la web de Aceduraflo España.

2. En la demanda formulada por Pipe contra Aceduraflo España, Tecnología, Aire Corindón, el Sr Marco Antonio y el



Sr. Bernardo, se ejercitaron una pluralidad de acciones de competencia desleal, basadas en que los demandados habían realizado los siguientes actos de competencia desleal: violación de secretos (arts. 13.1 LCD), aprovechamiento por alguno de los codemandados de la violación de secretos industriales (art. 14.2 LCD), actos de engaño (art. 5.1 LCD) y conductas contrarias a la buena fe (art. 4 LCD).

Los demandados se opusieron y, entre otros motivos, excepcionaron la falta de legitimación activa de Pipe, porque no participa en el mercado español.

Por su parte, Aceduraflo España, además de oponerse, formuló reconvencción en la que pedía la nulidad del contrato de 12 de diciembre de 2006, por error vicio y por falta de objeto. Razonaba que con el contrato se le concedía el derecho a usar un know how de reparación de tuberías sin obra, respecto del que obtuvo una patente en USA, pero no en Europa, donde ya estaba patentado un sistema de reparación de la capa interna de una tubería mediante una capa curable. Y concluía que, de haberlo sabido, no hubiera suscrito el contrato, pues en realidad no existía nada secreto.

3. La sentencia de primera instancia estimó sustancialmente la demanda, al apreciar que había habido una violación de secretos del art. 13.1 LCD y un aprovechamiento de la violación de secretos del art. 14.2 LCD. Y condenó a los demandados a cesar en estas conductas declaradas desleales, y a publicar el fallo de la sentencia en El País y El Mundo. Con carácter previo, el juzgado desestimó la excepción de falta de legitimación activa de Pipe, al entender que había actuado en el mercado español a través de la licencia concedida a Aceduraflo España. La sentencia desestimó la reconvencción formulada por Aceduraflo España y declaró que el contrato de 12 de diciembre de 2006 era válido. Al respecto, el juzgado entendió que el know how era distinto de la patente USA, y también difería de los sistemas empleados por otras empresas.

4. La sentencia fue recurrida en apelación por los demandados, que impugnaron la estimación de la demanda. Aceduraflo España no impugnó la desestimación de la reconvencción.

La Audiencia reconoce que Pipe tiene legitimación activa para ejercitar las acciones de competencia desleal contenidas en la demanda, en la medida en que tenía y tiene un interés directo en el resultado del pleito: «Así, "Pipe" actuó en el mercado español a través de su licenciataria "Aceduraflo". Precisamente, busca defender frente a ésta sus secretos empresariales, porque, además, aunque el 4.3.2011 rescindiera el contrato de licencia, mantiene un claro interés en proteger su "Know How", ya que su difusión impediría que volviera a competir en el mercado español con la preferencia que su "secreto" le otorgaba. De hecho, el 10.2.2012, se crea "Pipe España" (obviamente vinculada a su

matriz "Pipe USA"), para seguir compitiendo en el mercado español».

Luego analiza las conductas cuestionadas en segunda instancia. Después de exponer los requisitos para que pueda existir violación de secretos del art. 13.1 LCD, razona que existía un modo de hacer o procedimiento empleado por Pipe, que es el know how objeto del contrato con Aceduraflo España, que incluye el empleo de una serie de máquinas y herramientas comunes, como un compresor de aire para drenar las cañerías y secarlas, arena (Corindón) metida a presión para limpiar la tubería, y un sellador con resina de secado rápido (Epoxy), también metida a presión.

La sentencia de apelación entiende que este know how era un secreto industrial, respecto del que se habían adoptado medidas para evitar que fuera conocido, entre las que se encuentra el deber contractual de la licenciataria de confidencialidad y la prohibición de seguir usando este procedimiento después de resuelta la relación contractual.

Los demandados, después de la terminación de su relación contractual con Pipe, formaron un entramado empresarial para seguir explotando comercialmente este secreto industrial de Pipe. Al respecto, la sentencia razona: «Lo ilícito sería la explotación de esos secretos sin autorización de "Pipe" (art. 13 LCD); o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero ("Tecnología" y "Aire Corindón") de una infracción contractual, cuyo objeto sea la explotación de un secreto empresarial, o mediante engaño o para eliminar a un competidor (art. 14.2 LCD)».

Finalmente, en relación con la alegación de los demandados apelantes de que, en todo caso, el método objeto de secreto industrial, el sistema Pipe, está vulgarizado, la Audiencia entiende que este hecho, que debía haber sido acreditado por quien lo invoca, no está probado.

5. Frente a la sentencia de apelación, Aire Corindón Epoxy, S.L. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos, y recurso de casación, articulado en dos motivos.

La entidad demandada se opone a la admisión del recurso porque adolece del siguiente defecto: en el suplico no solicita expresamente la estimación de los recursos y la revocación de la demanda, si no que se limita a pedir que se tengan por interpuestos los recursos. Aunque la parte dispositiva del escrito de interposición de ambos recursos podía haber sido más completa, debe entenderse que contiene la petición no sólo de que se admitan a trámite ambos recursos, sino de que se estimen, con los efectos legales consiguientes.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal

1. Formulación del motivo primero. Se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC y denuncia una grave

infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto la falta de motivación fáctica y jurídica.

En el desarrollo del motivo, se alega que la sentencia recurrida se separa de las reglas de la lógica y la razón, al punto que existe una clara discordancia entre la fundamentación general sobre las categorías legales de interés sustancial para el procedimiento y su aplicación al caso concreto, de forma que alcanza conclusiones incompatibles con la propia fundamentación de la sentencia. Y especifica que «esto se manifiesta con especial claridad en dos grandes grupos de razonamientos: i) los relativos a la interpretación de la competencia desleal y los requisitos del secreto industrial; y ii) los relativos a los pactos restrictivos de la competencia».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo primero. Como hemos declarado en otras ocasiones, «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla» (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 95/2014, de 11 de marzo, y 759/2015, de 30 de diciembre).

La sentencia recurrida explicita las razones por las que entiende que los demandados habrían incurrido, unos en la violación de secretos industriales (art. 13.1 LCD), y otros en el aprovechamiento de la infracción contractual que encierra la violación de estos secretos (art. 14.2 LCD), por lo que no adolece de falta de motivación. En realidad, el recurrente no está de acuerdo en cómo aplica la sentencia recurrida la doctrina general sobre esta materia al caso concreto, lo que no puede ser objeto de revisión por esta vía del recurso extraordinario por infracción procesal, sino por el recurso de casación.

En cualquier caso, y sin perjuicio de su acierto, las razones aducidas no pueden ser tachadas de ilógicas o irrazonables, que es lo que podría equipararse a la falta de motivación, y colman con creces la exigencia constitucional de motivación.

3. Formulación del motivo segundo. El motivo se formula al amparo de los ordinales 2º y 4º del art. 469.1 LEC, y denuncia una infracción de las normas de la carga de la prueba, en cuanto que la sentencia infringe los criterios de atribución de la carga de la prueba previstos en los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC, al aplicar erróneamente el previsto en el apartado 1.

En el desarrollo del motivo se aduce que la sentencia impugnada obvia las normas de la carga de la prueba al exigir al recurrente un grado de certeza y una obligación que extralimita las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo que ampara la inactividad del demandante. Invierte la carga de la prueba y obliga a la demandada a probar la

lealtad de su proceder. Y se añade que la sentencia recurrida carga la prueba de la desaparición del secreto a la parte demandada, cuando no le ha impuesto a la demandante prueba alguna para acreditar su existencia, su transmisión y su aprovechamiento.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

4. Desestimación del motivo segundo. El motivo denuncia la infracción de las reglas de la carga de la prueba contenidas en el art. 217 LEC, y en concreto, las previstas en los apartados 2 y 3.

Según el apartado 2 del art. 217 LEC, «corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda...». Y conforme al apartado 3, «incumbe al demandado (...) la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior».

Como hemos afirmado en otras ocasiones, «las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria» (sentencia 333/2012, de 18 de mayo).

La sentencia recurrida tan sólo hace uso de las reglas de la carga de la prueba en una ocasión, respecto de la objeción planteada por la parte demandada, de vulgarización o dilución del secreto industrial en que consistiría el procedimiento de restauración de tuberías empleado por Pipe, que había sido objeto del contrato de licencia. Entiende que la prueba de la desaparición de la condición de secreto correspondía a la parte demandada que fue quien lo adujo como hecho obstativo de la pretensión ejercitada en la demanda. Según la demandada, no cabría hablar de violación de secretos ni de aprovechamiento de su revelación, porque propiamente no existía secreto, en cuanto que su contenido estaría ya divulgado. Consiguientemente, la sentencia recurrida al no apreciar acreditada esta vulgarización del secreto, le atribuye las consecuencias de la carga de la prueba a la demandada.

La sentencia recurrida no ha infringido las reglas de distribución de la carga de la prueba. En el presente caso, correspondía a la demandante, que pretendía se declarara que los demandados habían incurrido en actos de violación de unos secretos industriales, consistentes en el know how de restauración de tuberías sin obra que había sido objeto del contrato de licencia, la prueba de este hecho constitutivo de su pretensión: la existencia del secreto y de

los requisitos comúnmente exigidos para que merezca esta consideración.

Una vez admitida la existencia del secreto industrial, y con ello el hecho constitutivo de la pretensión del demandante, corresponde a la demandada que aduce en su contestación que tal secreto se había vulgarizado y que por lo tanto había perdido esta condición, la carga de acreditarlo. Esta alegación -la vulgarización del secreto industrial- opera como una circunstancia extintiva de los hechos constitutivos de la pretensión de la demandante, la existencia de secretos industriales, así como su violación y aprovechamiento. Y por eso corresponde a quien la formula, probarla. Al exigir esta prueba de la vulgarización del secreto industrial a la demandada, que fue la que adujo en su contestación, el tribunal de instancia no infringe las reglas de los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC, sino que se acomoda a ellas. Las consecuencias de la falta de acreditación son correctas, pues no puede prosperar esta objeción.

#### TERCERO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la infracción del art. 33 LCD y de la jurisprudencia que lo interpreta, «al reconocer la sentencia recurrida legitimación activa a una empresa extranjera sin intervención en el mercado español».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo primero. La legitimación para el ejercicio de las acciones de competencia desleal se halla regulada en la actualidad en el art. 33 LCD. En el primer párrafo de su apartado primero recoge la regla de legitimación individual aplicable al caso, en el que se han ejercitado acciones de competencia desleal contenidas en los cinco primeros números del art. 32.1: «Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1 a 5».

La norma exige un doble requisito: que quien pretende accionar participe en el mercado y que tenga intereses económicos directamente afectados por la conducta desleal. El recurso cuestiona que en el presente caso concurra el primer requisito, porque entiende que Pipe es una sociedad americana que no interviene directamente en el mercado español.

A los efectos previstos en el citado art. 33.1 LCD y en atención a las dos conductas desleales en que se basan las acciones de competencia desleal ejercitadas y estimadas en la instancia, no podemos negarle legitimación activa a Pipe por las siguientes razones:

Además del significado general de la expresión «que participe en el mercado», que abarca a todos los

empresarios que llevan a cabo directamente su actividad económica en él y a los consumidores o destinatarios de dicha actividad económica, el término participación en el mercado debe analizarse también en función de la concreta conducta desleal, para evitar que una aproximación muy literalista del término conduzca al absurdo de negar legitimación activa al titular de los intereses económicos directamente afectados por las conductas desleales denunciadas y ahora declaradas en la instancia.

A la vista de lo acreditado en la instancia, Pipe es una sociedad americana que se dedica a la restauración de tuberías sin obras, para lo que ha desarrollado un know how propio, que fue objeto del contrato de licencia que concertó con Aceduraflo España en el año 2006, para que explotara en exclusiva en España ese know how y unas marcas. En cierto modo se puede decir que, por esta vía, Pipe participaba en el mercado español, máxime si tenemos en cuenta que la conducta desleal frente a la que reacciona por medio de las acciones de competencia desleal, es la violación de los secretos industriales en que consistía aquel know how (art. 13.1 LCD) tras la resolución del contrato de licencia y el aprovechamiento de la infracción de la obligación de cesar en el uso del know how una vez concluida aquella relación contractual (art. 14.2 LCD). El sistema de restauración o arreglo de tuberías sin realizar obras de Pipe y las marcas con las que se distingue en el mercado, fueron licenciadas en exclusiva a Aceduraflo España, siendo esta una forma a través de la cual se introdujo en el mercado español. En el que, a estos efectos de la explotación de su know how, se entiende que ha participado primero a través de Aceduraflo España y, luego, tras la resolución del contrato de licencia con esta, por medio de una sociedad filial, Pipe Restoration Technologies España, S.A.

Si la infracción de las obligaciones contractuales de confidencialidad y de cese en el uso del know how una vez concluida la relación contractual están en el origen de las dos conductas de competencia desleal declaradas por el tribunal de instancia, no cabe negar legitimación activa a Pipe para el ejercicio de las correspondientes acciones frente a quienes revelaron los secretos industriales y a quienes se beneficiaron de aquella infracción contractual para explotar tales secretos. A estos efectos, el hecho de suministrar a Aceduraflo España el know how propio para la reparación de tuberías sin obras, mediante una licencia, para que lo explotara en el mercado español, era una forma de introducirse y participar en este mercado, y la violación del secreto industrial que suponía ese know how, así como su aprovechamiento por terceros, perjudicó directamente los intereses económicos que Pipe tenía en aquel know how.

3. Formulación del motivo segundo. El motivo denuncia la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el concepto de know how y su incompatibilidad con la divulgación.

En el desarrollo del motivo se refiere a tres sentencias de la sala en las que se contendría esa jurisprudencia que se denuncia infringida: las sentencias 754/2005, de 21 de octubre, 88/2011, de 16 de febrero, y 48/2012, de 21 de febrero. Ni en el encabezamiento del motivo, ni en su desarrollo, se menciona la norma jurídica infringida.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

4. Desestimación del motivo segundo. En primer lugar, hemos de advertir que el motivo está mal planteado porque no especifica la norma jurídica infringida que, en ese caso, debía ser la aplicable al caso, en concreto los arts. 13 y 14.2 LCD, en relación con el concepto de secreto industrial y en la medida en que el know how puede merecer esta consideración, a la vista de la jurisprudencia de la sala. Cuando la regla jurídica aplicable no ha sido generada o alumbrada por la jurisprudencia, ordinariamente al extraerla de un principio general del derecho, como podía ser el relativo al enriquecimiento injusto, sino que se basa en una concreta previsión legal, la infracción denunciada debe ir referida a dicho precepto legal. De ahí que en este caso la referencia a la infracción de la jurisprudencia que se afirma está contenida en las sentencias 754/2005, de 21 de octubre, 88/2011, de 16 de febrero, y 48/2012, de 21 de febrero, es insuficiente. La infracción de la jurisprudencia sirve, una vez identificada la norma jurídica infringida, para justificar el interés casacional, conforme al art. 477.3 LEC. Este defecto de formulación del motivo justificaría su inadmisión, y en este momento su desestimación.

5. Además, el motivo incurre en una petición de principio, pues parte de una consideración previa que no se acomoda a lo declarado por el tribunal de instancia. El motivo presupone que el secreto industrial en que consiste el know how cedido en licencia por Pipe a Aceduraflo España coincidía con la invención que fue objeto de una patente americana, cuando esta circunstancia no se ha declarado probada en la sentencia de apelación, de cuya argumentación se desprende lo contrario, esto es, que el know how objeto del secreto industrial no coincidía exactamente con lo divulgado por la patente.

Es cierto que la patente supone, respecto de la invención protegida, su divulgación y por ello que deja de ser secreto. Pero también lo es que la patente puede venir complementada con un know how, que escapa al objeto de la patente, y que puede facilitar su explotación empresarial. De este modo, el que la demandada tuviera una patente relacionada con el sistema que empleaba para la reparación de tuberías sin obras, no significa que esta invención absorbiera todo el know how de la empresa, y por lo tanto no impide que respecto de lo no divulgado con la patente pudiera subsistir un secreto industrial.

Por lo tanto, por una y otra razón, el motivo debe ser desestimado: no menciona la norma jurídica infringida y además presupone algo que no ha sido declarado por la

sentencia recurrida, e incurre así en una petición de principio».