

## Jurisprudencia

### Reseña jurisprudencial e-Dictum 90

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora doctora de Derecho mercantil de la Universidad CEU-San Pablo.

#### TRIBUNAL SUPREMO

##### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2753/2015] DE 4 DE JUNIO DE 2019 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

*Impugnación de los acuerdos adoptados por la junta general universal de una sociedad anónima, porque no estaban presentes todos los socios. Desde el punto de vista procesal, cuando se ejercita una acción de impugnación de un acuerdo de una sociedad mercantil, aunque el motivo guarde relación con la justificación de un derecho controvertido de naturaleza sucesoria, no por ello podemos dejar de entender que la demanda se interpone al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles, y por ello la competencia objetiva para conocer de ella corresponde a los juzgados de lo mercantil. En cuanto a la cuestión sustantiva, la ineficacia de los legados comporta que los legatarios de las acciones no tuvieran derecho de asistencia a la junta general, ni a la impugnación de los acuerdos sociales.*

«Comercial Vascongada Recalde, S.A.U. es una sociedad por acciones al portador, fundada en 1956 por Severiano, quien hasta el momento de su muerte tenía la totalidad del capital.

3.-Severiano falleció el día 8 de marzo de 2009, soltero y sin descendencia. El 3 de abril de 2006 había otorgado testamento, en el que, además de constituir otros legados, en la cláusula segunda dejaba para su hermano Constancio y su sobrino Juan Carlos, por iguales partes, sus acciones de la compañía Comercial Vascongada Recalde.

En la cláusula cuarta del testamento se dispone que, respecto del remanente de todos sus bienes, una vez satisfechos los legados previstos, se instituye herederos universales a Elias, de la mitad de la herencia, y al Convento de Madres Clarisas de Lerma (Burgos), la otra mitad. En la cláusula sexta se nombraba albacea contador-partidor, con facultades muy amplias, que incluían la de entregar los legados.

4.-En el momento de otorgarse el testamento, el capital social de Comercial Vascongada Recalde era de 60.101,21 €, dividido en 2.000 acciones de 30,050605 € cada una de ellas.

5.-Con posterioridad al otorgamiento del testamento, por sentencia de 21 de septiembre de 2007, Severiano fue incapacitado. Se nombró tutor a su sobrino Fausto, quien más adelante devendría en legatario por la muerte de su padre Constancio.

El tutor, ejercitando los derechos políticos de las acciones que el tutelado tenía en la sociedad Comercial Vascongada Recalde, celebró dos juntas de accionistas: en la primera, de 14 de noviembre de 2007, cesó a Severiano como administrador y se nombró a sí mismo (el tutor) administrador; en la segunda, celebrada el 28 de diciembre de 2007, aprobó un ampliación de capital social por importe de 37.525.813 €, con emisión de nuevas acciones al portador (numeradas del 2.001 al 1.250.754), que fueron íntegramente suscritas por el socio único.

Con ello, se incorporaba al legado el resto del patrimonio del incapacitado y, de facto, se dejaba sin contenido la institución de heredero.

Consta que el tutor recabó autorización judicial (de quien supervisaba la tutela e ignoraba el contenido del testamento) para la reestructuración del patrimonio de su tío incapacitado, mediante la disolución y liquidación de otra sociedad de la que tenía el 100% de las acciones, Inversiones Inmobiliarias e Inversiones Dato, S.A., y la reseñada operación de ampliación de capital social de Comercial Vascongada Recalde y aportación a esta sociedad del resto de los bienes y derechos de Severiano.

6.-Fallecido Severiano el 8 de marzo de 2009, sus herederos celebraron una junta de accionistas el 3 de junio de 2009, en la que, por una parte, cesaron a Fausto como administrador de la sociedad y nombraron para el cargo a Abel, y, por otra, acordaron dejar sin efecto los acuerdos adoptados en la junta universal celebrada por los legatarios el 22 de mayo de 2009.

SEGUNDO. -Reclamaciones objeto de enjuiciamiento, ventiladas en otros procesos vinculados al presente.

1.-Tras el fallecimiento del causante y la apertura de la sucesión se desencadenaron una serie de procesos judiciales, cuyas resoluciones judiciales han sido aportadas al presente proceso, en atención a la estrecha vinculación que existe entre ellas, de la que daremos cuenta a la hora de resolver los motivos de casación. En este momento, dejaremos constancia de lo acaecido en aquellos otros procedimientos.

i) Los dos legatarios mencionados, Juan Carlos y los herederos de Constancio, interpusieron una demanda para reclamar, frente a los herederos de Severiano y su albacea, la posesión del legado consistente en las acciones de la sociedad Comercial Vascongada Recalde, en concreto 1.248.754 acciones ordinarias al portador, de 30,050605 € de valor nominal cada una de ellas, que coincidía con la situación de la sociedad al tiempo del fallecimiento del causante.

Los legatarios demandantes ampliaron la demanda y reclamaron también los legados económicos que igualmente se recogían en la cláusula segunda del testamento, en particular, 900.000 € a favor de Juan Carlos y 300.000 € a favor de Constancio.

Por su parte, los herederos demandados formularon una reconvencción en la que pedían la nulidad del traslado del patrimonio de Severiano, realizado de forma fraudulenta por su tutor, para cubrir la ampliación de capital social de Comercial Vascongada Recalde. Subsidiariamente, para el caso en que se acordara la entrega del legado de Comercial Vascongada Recalde, se pedía que quedara reducido a las acciones existentes en la actualidad, tras la reducción de capital social. Y, subsidiariamente, en caso de desestimación de lo anterior, que se reconociera el derecho de los herederos a ser compensados económicamente, sobre la base del enriquecimiento injusto, con el valor que al día de la ejecución de la sentencia tuvieran los títulos valores aportados en la ampliación de capital social de Comercial Vascongada Recalde. Como consecuencia de un incidente de declinatoria por falta de competencia objetiva respecto de lo que era objeto de la reconvencción, esta no fue enjuiciada junto con lo que es objeto de la demanda y de su ampliación.

La demanda y su ampliación fueron íntegramente desestimadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Madrid, que conocía de ellas (juicio ordinario 2032/2009), por sentencia de 30 de noviembre de 2012, al entender que los legatarios que reclamaban la posesión de las acciones de Comercial Vascongada Recalde habían manipulado la voluntad del testador, mediante una modificación sustancial de su legado.

Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial de Madrid (sección 10ª) dictó sentencia de 24 de abril de 2014, que confirmó la desestimación de la petición de entrega de la posesión del legado consistente en las acciones de la sociedad Comercial Vascongada Recalde, pero estimó el recurso de apelación en relación con la reclamación de entrega del legado dinerario, y acordó su entrega.

En lo que ahora interesa, que es la entrega de la posesión de las acciones de Comercial Vascongada Recalde, la Audiencia ratificó el criterio del juzgado de primera instancia, según el cual no procedía acceder a lo solicitado, porque el legado que se pedía era sustancialmente diferente al dispuesto por el testador, habida cuenta la tergiversación total de la voluntad del testador, que, fraudulentamente, llevó a cabo el tutor (hermano e hijo de los legatarios), mediante el aumento del capital social inicial de 60.101,21 € a la ingente suma de 37.525.813 € y la aportación de la mayoría de los bienes y derechos del patrimonio del incapaz, lo que supuso el vaciamiento de la herencia.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial interpusieron sendos recursos de casación ambas partes, que fueron resueltos por la sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo 464/2018, de 19 de julio, que casó la sentencia de segunda instancia y confirmó la del Juzgado. En lo que ahora importa, declaramos en dicha sentencia:

"En el presente caso, conforme a la jurisprudencia expuesta, la vulneración de la prohibición impuesta por el testador no se ha producido por el ejercicio de la acción de petición de los legados con base en el art. 885 del Código Civil, sino por los numerosos procedimientos judiciales promovidos por los demandantes en los órdenes civil, mercantil y penal, dirigidos a alterar la ordenación y distribución hereditaria querida por el testador por medio del cuestionamiento del contenido de los legados y de la actuación del albacea contador-partidor en defensa, precisamente, de lo ordenado en el testamento, esto es, de velar por el contenido patrimonial de lo dispuesto en favor de D. Elias y del convento de Madres Clarisas de Lerma como herederos universales del testador.

"La vulneración de la prohibición de intervenir judicialmente la herencia comporta, necesariamente, la sanción prevista por el testador para dicho supuesto en la cláusula quinta, es decir, "la privación de cualquier derecho que el testador le haya legado", privación o pérdida de los derechos hereditarios que en el presente caso es plena, dado que el testador carecía de herederos forzosos o legitimarios".

ii) En otro procedimiento, del que conoció el Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Madrid (juicio ordinario 1085/2010), iniciado a instancia de Fausto, en nombre y representación de su hija Serafina, se reclamaba la entrega del legado económico de 30.000 €, establecido en la cláusula segunda del testamento de Severiano. Los herederos de Severiano y el albacea contador partididor, además de oponer que, como consecuencia del vaciamiento de la herencia llevada a cabo por el tutor (Fausto), al aportar toda la herencia a la sociedad Comercial Vascongada Recalde, S.A., sobre cuyas acciones al portador había constituido un legado a favor de Juan Carlos y Constancio (hermano y padre del tutor), no había en ese momento bienes suficientes en la herencia para poder abonar los legados económicos, hicieron valer la cautela socini (en el sentido amplio de prohibición de intervención judicial en la herencia) que el testador había incluido en la cláusula quinta de su testamento. Mediante esta cláusula "prohíbe la intervención en su herencia y si alguno la reclamara, quedará privado de cualquier derecho que el testador le haya legado, acrecentando su parte al caudal hereditario citado como remanente". Los herederos demandados y el albacea adujeron que la legataria demandante había incurrido en esta situación y por lo tanto su legado había devenido ineficaz, ya que había interpuesto una demanda judicial para la remoción del albacea, que había sido desestimada en primera y segunda instancia.

El juzgado de primera instancia que conoció de esta demanda de reclamación del legado estimó la demanda, tras considerar que la cláusula en cuestión era inoperante cuando, como ocurría en aquel caso, la intervención judicial se había pedido para que se cumpliera la voluntad del testador. La sentencia dictada en segunda Instancia desestimó el recurso de apelación y confirmó la decisión del juez de primera instancia.

Recurrida en casación la sentencia de apelación, esta Sala Primera del Tribunal Supremo dictó la sentencia 254/2014, de 3 de septiembre, que estimó el recurso de casación. En esta sentencia, después de recordar la jurisprudencia sobre la cautela socini, entendimos que debía "valorarse injustificado el recurso a la intervención judicial, con la consiguiente contravención de lo dispuesto por el testador en aras a forzar injustificadamente la remoción del albacea contador partididor y, con ella, alterar la ejecución testamentaria ordenada y querida por el mismo -se entiende que el testador-". Por ello, declaramos "ajustada a Derecho la ejecución testamentaria del albacea contador partididor en orden a la ineficacia del

meritado legado y la consecuente absolución de los demandados respecto del pedimento solicitado".

TERCERO. -Reclamaciones objeto del presente proceso: impugnación de los acuerdos adoptados en la junta de accionistas de 3 de junio de 2009.

1.-Uno de los legatarios, Juan Carlos, impugnó los acuerdos adoptados en la junta de accionistas de 3 de junio de 2009, y solicitó la nulidad de tales acuerdos. La demanda se formuló contra la sociedad Comercial Vascongada Recalde y contra el administrador único, Abel. La impugnación se fundaba en la existencia de graves defectos de constitución de la junta, porque no fueron convocados los legatarios, ni tomaron parte en ella, razón por la cual la junta universal no se constituyó válidamente, pues, conforme a los arts. 882 y ss. CC, eran los legatarios quienes tenían la consideración de socios, en cuanto que habían adquirido la propiedad de la cosa objeto del legado desde el fallecimiento del testador.

2.-El juzgado mercantil consideró que los legatarios habían adquirido la propiedad de las acciones desde el fallecimiento del testador, por lo que los acuerdos adoptados en una junta general posterior, celebrada sin su asistencia y voto, son nulos. Por lo que estimó la demanda.

3.-La sentencia de apelación desestimó el recurso de la sociedad demandada y de los herederos del Sr. Severiano. Consideró, resumidamente, que el legado era de cosa específica y determinada, por lo que las acciones no formaban parte del caudal hereditario sobre el que habían de versar las operaciones particionales. Por ello, conforme al art. 48 TRLSA, aplicable al caso por el momento de la celebración de la junta cuyos acuerdos son objeto de impugnación, la condición de socio y los derechos reconocidos en la Ley y en los estatutos al titular legítimo de las acciones, entre los que se encuentran el derecho a asistir a las juntas de accionistas y votar los acuerdos propuestos, correspondía a los legatarios. Por lo que confirmó que los acuerdos adoptados en la junta de 3 de junio de 2009 eran nulos.

4.-La sentencia de la Audiencia Provincial ha sido recurrida por Comercial Vascongada Recalde y los herederos de D. Severiano.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

CUARTO. -Único motivo de infracción procesal. Incompetencia de jurisdicción.

Planteamiento:

1.-El primer motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1-1º LEC, denuncia la infracción del art. 86 ter 2 a), en relación con el art. 10.1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

2.-En el desarrollo del motivo, argumenta la parte recurrente, resumidamente, que la impugnación de los acuerdos sociales no se basa en ninguna infracción del derecho societario, ni contiene pretensión alguna de Derecho mercantil, sino que se pretende la nulidad exclusivamente en una razón de derecho sucesorio.

Asimismo, argumenta que, pese a que las sentencias de ambas instancias afirman que se pronuncian sobre el legado únicamente a efectos prejudiciales, no hay tal prejudicialidad, porque realmente no hay una pretensión mercantil sobre la que la civil sea prejudicial.

Decisión de la Sala:

1.-El art. 86 ter LOPJ establece en forma de numerus clausus cuáles son las competencias atribuidas a los órganos de lo mercantil (competencia objetiva). Dicho precepto relaciona un catálogo cerrado de materias específicas de las que compete conocer a los juzgados de lo mercantil, entre las que incluye, en su apartado 2.a), todas aquellas cuestiones que, dentro del orden jurisdiccional civil, se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.

2.-En el presente litigio se ejercitó una demanda de impugnación de acuerdos sociales. Dicha pretensión, conforme a la legislación vigente a la fecha de su interposición (arts. 115 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas, -LSA-) y a la vigente a la fecha de las sentencias de primera y segunda instancia (arts. 204 a 208 de la Ley de Sociedades de Capital, -LSC-) es propia del derecho de sociedades mercantiles.

Dentro de dicha normativa, el art. 117 LSA y el art. 206 LSC regulan la legitimación para la impugnación y la confieren, entre otros, a los accionistas. Y, dado que en el caso se discutió la cualidad de accionista del impugnante, era imprescindible analizar si el legado de las acciones había conferido la cualidad de accionista al demandante antes de la celebración de la junta general. Pero ello no implica que el objeto litigioso no fuera societario, para cuyo conocimiento era competente objetivamente el juzgado mercantil.

3.-En concreto, la acción ejercitada en la demanda es de impugnación de los acuerdos adoptados por la junta general universal de una sociedad anónima, y se basa en que no constaba la convocatoria de la junta y no podía entenderse que se hubiera constituido como junta universal porque no estaban presentes todos los socios. La acción se basa en la infracción del art. 99 TRLSA que regula cuándo puede entenderse correctamente convocada y celebrada una junta universal de socios, sin perjuicio de que para juzgar sobre este extremo hubiera que dilucidar si, con la muerte del causante y antes de la entrega del legado

de las acciones de la compañía a los legatarios, los herederos tenían facultad para asistir y votar en una junta universal.

Cuando se ejercita una acción de impugnación de un acuerdo de una sociedad mercantil, al margen de si el motivo guarda relación con la justificación de un derecho controvertido de naturaleza sucesoria, no por ello podemos dejar de entender que la demanda se interpone al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles, y por ello la competencia objetiva para conocer de ella corresponde a los juzgados de lo mercantil.

4.-En consecuencia, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

Recurso de casación.

QUINTO. -Formulación de los dos motivos de casación

1.-El motivo primero se funda en la infracción, por inaplicación, del art. 885 CC, en relación con los arts. 657, 661 y 440 CC y del art. 545 Ccom, así como de la jurisprudencia contenida en la sentencia de esta Sala de 21 de abril de 2003, que a su vez se refiere a las sentencias de 3 de junio de 1947, 25 de mayo de 1992 y 29 de mayo de 1963.

En el desarrollo del motivo se argumenta que, conforme al art. 885 CC, para que el legado adquiera eficacia, es imprescindible su entrega por los herederos o por el albacea, cualquiera que sea la naturaleza del legado, genérico o específico. Y transcribe la sentencia de esta Sala de 21 de abril de 2003, según la cual:

"el legatario tiene derecho a la cosa legada desde la muerte del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. (...) la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia 'sine qua non' para el legatario que quiere disfrutar por sí mismo de la cosa legada con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos previstos en el art. 882".

Conforme a lo anterior, el recurrente argumenta que los legatarios en ningún caso pueden constituir la junta general de Comercial Recalde, puesto que dicho legado aún no se les ha entregado por el albacea y los herederos; y son estos los únicos legitimados para celebrar dichas juntas, en tanto en cuanto se han subrogado en todas las relaciones jurídicas de las que era titular el causante.

Asimismo, razona que, por aplicación de los arts. 657, 661 y 440 CC, la posesión de las acciones de la sociedad legada, por el sólo hecho de la muerte del causante se transmitieron a los herederos, y sólo cuando estos o el albacea, si procede que sea este, entreguen el legado se producirá la entrega de los

títulos que acreditan la condición de socio de los legatarios. Máxime si tenemos en cuenta que las acciones eran al portador, y el único que puede ejercitar los derechos inherentes a la cualidad de socios es quien tiene la posesión del título. En este sentido, el art. 545 CCom prescribe que los títulos al portador se transmiten mediante su tradición del documento.

2.-El motivo segundo se basa en la infracción, por aplicación indebida, de los arts. 882 y 983 CC, al considerar equivocadamente la Audiencia Provincial que el legado de las acciones de la sociedad es un legado específico, al que debe aplicarse el art. 882 CC y, en consecuencia, su propiedad se adquiere desde el momento de la muerte del testador y, por lo tanto, los legatarios ostentan la cualidad de socios de Comercial Recalde.

En el desarrollo del motivo, el recurrente argumenta que este planteamiento tiene errores conceptuales: el legado de la sociedad no es un legado de cosa específica en cuanto que necesita antes de ser entregado una previa especificación o individualización, ya que se hace a dos legatarios "por partes iguales"; sólo si del texto del testamento resulta una fijación numérica o de otra naturaleza que haga al instituido dueño específico de los bienes, la institución es específica, y el precepto concreto del Código excluiría el derecho a acrecer, conforme al art. 892.1 CC.

3.-El recurso de casación debe ser estimado, por las razones que exponemos a continuación.

SEXTO. -Jurisprudencia sobre el efecto directo del legado de cosa cierta

1.-Con carácter general, nuestro Código civil, en línea con nuestra tradición jurídica contenida en las Partidas (" luego que el testador es muerto pasa el señorío de la cosa mandada a aquel a quien es fecha la manda " - 6, 19, 34-), en su art. 882.1 regula los siguiente:

"Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte".

De este modo, la titularidad sobre la cosa o derecho legados, siempre que sean algo específico y determinado, pasa recta vía del causante al legatario, esto es, como recuerda la doctrina, hay sucesión (particular) de causante, por el legatario, sin mediación del heredero. En realidad, lo esencial es que la eficacia directa del legado se produce en relación con cualquier cosa o derecho inequívocamente identificados en el patrimonio del

testador. Esta última matización va a tener relevancia en la resolución de este recurso.

Por su parte, el art. 885 CC reserva al heredero la posesión del bien o derecho objeto del legado:

"El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado a darla".

Y es que, por virtud del art. 440 CC, en tanto en cuanto la tuviera el causante, la posesión, en principio, corresponde al heredero, sin que el legatario pueda obtenerla por su propia autoridad, sino en virtud de una acción personal ex testamento que puede interponer frente al heredero o quien represente la herencia.

Esta ha sido la jurisprudencia de esta Sala, reseñada en la sentencia 379/2003, de 21 de abril:

"como señaló la añeja sentencia de esta Sala de 3 de junio de 1947, el legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. La sentencia de 25 de mayo de 1992 ha recogido que de acuerdo con el art. 882 del Código Civil cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885 CC) lo que implica que en el caso de ser varios legatarios de un mismo bien se constituye sobre él una comunidad ordinaria sometida a las reglas de los arts. 392 y ss. Asimismo, ya recogió la sentencia de 19 de mayo de 1947 que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia "sine qua non" para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos prevenidos en el art. 882. En la misma línea, la de 29 de mayo de 1963 que, aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado".

Es por ello por lo que los legatarios a quienes el testamento de Severiano les legaba las acciones de la sociedad Comercial Vascongada Recalde interpusieron aquella otra demanda por la que reclamaban de los herederos la entrega del legado (juicio ordinario 2032/2009, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Madrid). Con el resultado que hemos expuesto en el fundamento jurídico segundo, apartado 1. (i), al que luego nos referiremos.

SÉPTIMO. -Estimación del recurso de casación.

1.-El presente caso no deja de ser un supuesto muy singular, pues en un procedimiento paralelo se ejercitó, frente a los herederos y al albacea, la acción de reclamación de la posesión del legado, entendido como la totalidad de las acciones de Comercial Recalde al tiempo en que falleció Severiano. Tanto el juzgado de primera instancia como la audiencia, declararon la improcedencia de esta reclamación porque entendieron que el tutor, antes del fallecimiento del causante, había tergiversado con fraude la voluntad del testador, al vaciar la herencia para incorporar la mayoría de los bienes y derechos a la sociedad (37 millones de euros), cuyas acciones al portador había dejado el causante a los dos legatarios demandantes (hermano y padre del tutor), de tal forma que el legado que se solicitaba no coincidía con el que dispuso el testador en su testamento. Luego, esta misma sala del Tribunal Supremo consideró aplicable al caso la cautela socini y la privación de los legatarios demandantes del derecho al legado sobre las acciones de Comercial Recalde.

Además de que, para que exista un legado de cosa específica sobre el que proyectar la doctrina jurisprudencial antes expuesta, es indispensable la presencia de un "objeto cierto", es decir, plenamente identificado e individualizado sin necesidad de operación alguna, sobre el que pueda reclamarse su posesión por el legatario, y aquí se cuestionaba el alcance del legado (si el objeto del legado necesitaba de las operaciones necesarias para volver a ceñirlo al que realmente fue dispuesto por el testador, interpretando con ello la voluntad testamentaria de este último), finalmente por sentencia firme el legatario demandante se ha visto privado del legado de las acciones de la sociedad y éste ha dejado de existir. Lo cual provoca un efecto prejudicial respecto de lo que se cuestiona en el presente recurso de casación.

2.-El art. 222.4 LEC regula el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, al decir que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal. La sentencia 789/2013, de 30 de diciembre, establece que el efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria, desde el momento en que se 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.

El efecto positivo o prejudicial de la sentencia firme anterior condiciona la resolución de las posteriores, tratando de evitar que dos relaciones jurídicas se resuelvan de forma contradictoria ya que para el derecho no es posible que una determinada cuestión sea y no sea al tiempo.

3.-Bajo el efecto prejudicial que tiene lo resuelto en el pleito anterior, en concreto, el efecto de cosa juzgada material en sentido positivo que genera la sentencia 464/2018, de 19 de julio, que priva al legatario demandante de su derecho al legado en aplicación de la cautela socini dispuesta por el testador en su testamento, ya no estamos ante un supuesto de legado sobre cosa específica y determinada. Consiguientemente, los herederos y el albacea, al suceder al causante tras su fallecimiento, estaban facultados para hacer uso de los derechos políticos que conferían las acciones al portador de Comercial Vascongada Recalde y acordar en una junta universal los acuerdos objeto de impugnación en el presente procedimiento.

4.-Procede, pues, la estimación del recurso de casación, por cuanto la ineficacia de los legados comporta que el demandante/impugnante no tuviera derecho de asistencia a la junta general, ni a la impugnación de los acuerdos sociales. Y por las mismas razones jurídicas, al asumir la instancia, debe estimarse el recurso de apelación y desestimarse la demanda».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3555/2016] DE 6 DE JUNIO DE 2019 [Ponente: Eduardo Baena Ruiz]**

*Cláusula penal cumulativa y no sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios: no cabe la moderación cuando la pena ha sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento -total o, incluso, parcial o deficiente de la prestación- que se hubiera producido.*

«La representación procesal de la sociedad actora presentó demanda por la que solicitaba que se dictase sentencia contra los demandados en los siguientes términos.

"a) Se declare resuelto el contrato de explotación de máquinas recreativas y de azar de 7 de noviembre 2005 suscrito entre mi representada, la entidad

OPEMA, SA y SERMO GRAFTO, SL, y en el que posteriormente se subrogó el demandado D. Eulalio, al haber sido incumplido por este último.

"b) Se condene a D. Eulalio y a D. Eleuterio a pagar solidariamente a mi representada, OPEMA, SA, la cantidad de mil ochocientos euros (1.800 €), por la parte de la prima entregada y no consumida correspondiente a los meses pendientes de cumplimiento.

"c) Se condene igualmente, a D. Eulalio y a D. Eleuterio a pagar solidariamente a mi mandante OPEMA, SA, la cantidad veintiséis mil ochocientos cincuenta y dos euros con cincuenta y nueve céntimos de euro (26.852, 59 €).

"d) Las citadas cantidades serán incrementadas con los intereses correspondientes desde la interpelación judicial, a cuyo pago serán condenados solidariamente los demandados.

"e) Se condene a los demandados al pago solidario de las costas del presente procedimiento."

2.-En lo ahora relevante la cláusula novena del contrato establecía:

"Para el supuesto de que el titular del establecimiento reseñado en el expositivo II incumpliese cualquiera de las obligaciones contraídas en el contrato y, en especial, las referidas al plazo establecido o las que permitan el normal funcionamiento de las máquinas o aparatos instalados, con independencia de la indemnización de daños y perjuicios a que hubiere lugar como consecuencia de tal incumplimiento, satisfará en concepto de expresa cláusula penal una cantidad equivalente al producto de multiplicar la recaudación media mensual habida desde el momento en que entró en vigor el contrato hasta el momento en que se denuncie por esta parte el incumplimiento del mismo, por el número de meses que queden pendientes hasta el vencimiento del plazo contractual."

3.-La sentencia de primera instancia estimó la existencia de incumplimiento contractual por la parte contratante demandada, pero moderó la cláusula penal por aplicación del art. 1154 del CC.

Tuvo en cuenta:

(i) La posibilidad de la demandante de colocar la máquina en otros establecimientos.

(ii) El desequilibrio del pacto entre los contratantes al estar redactada en exclusivo beneficio de la demandante.

La moderación consistió en conceder la misma cantidad que si hubiese estado en funcionamiento el establecimiento durante el plazo de 18 meses de vigencia del contrato que quedaba por cumplir.

4.-Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante únicamente en lo referente a la moderación de la cláusula penal, por no compartir su moderación.

Correspondió conocer del recurso a la sección decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 22 de septiembre de 2016 por la que desestimó el recurso.

Funda la moderación en los siguientes términos:

"Porque la obligación principal ha sido incumplida en parte (faltaban 18 meses del contrato por cumplir) y porque la propia demandante, cuando recupera la máquina (como en este caso, que la retiró a tiempo del bar de los demandados) tiene la posibilidad de colocar la máquina en otro establecimiento y lo cierto es que de hecho así fue por cuanto del oficio de la Administración ha quedado acreditado en autos que colocó la máquina desde el 7 de mayo de 2014, salvo el periodo comprendido entre el 4 de febrero de 2014 hasta el 6 de abril de 2015 durante el que la tuvo en el almacén y siempre estuvo en otros establecimientos.

"Por ello, teniendo en cuenta el desequilibrio del pacto entre los contratantes y que la cláusula se redactó en exclusivo beneficio de la parte apelante, debe evitarse un enriquecimiento injusto y por ello la moderación de la cláusula es procedente."

5.-La representación procesal de la actora interpone contra la anterior sentencia recurso de casación al amparo de lo dispuesto por los artículos 466. 1.ª, 477. 1 y 477. 2. 3.ª LEC.

Articula el recurso en tres motivos:

(i) Motivo primero.

Infracción, por falta de aplicación, del art. 1152 del Código Civil y por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en la sentencia de 23 de octubre de 2010, n.º 1058/2006, recurso n.º 5319/1999.

(ii) Motivo segundo.

Infracción por aplicación indebida del art. 1154 del Código Civil y por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en las sentencias de 14 de junio de 2006 (rec. n.º 3892/1999) sentencia de 17 de marzo de 2014 (n.º 121/2014, rec. 651/2012) y sentencia de 10 de junio de 2014 (n.º 194/2014, rec. n.º 3335/2012).

(iii) Motivo tercero.

Al amparo del art. 477.2-3.º de la LEC, existencia de interés casacional por resolver cuestiones sobre las que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Infracción por aplicación indebida del art. 1154 del Código Civil.

6.-La sala dictó auto el 17 de octubre de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación. La parte recurrida se opuso al recurso y alegó, previamente, que carecía de interés casacional.

SEGUNDO. -Decisión de la sala.

La falta de interés casacional no puede acogerse, pues la cuestión jurídica controvertida queda perfectamente delimitada y se concreta en determinar si es posible, a la vista de las circunstancias del caso, la moderación de la cláusula penal del contrato, conforme a la doctrina jurisprudencial de la sala.

1.-Según autoriza la doctrina de la sala se van a enjuiciar conjuntamente los motivos primero y segundo del recurso de casación, por la estrecha relación que guarda entre si respecto a la cuestión jurídica controvertida.

El motivo tercero es dependiente de los dos primeros, pues si hubiese doctrina de la sala que justificase el interés casacional, no tiene encaje que se acuda a las discrepancias entre Audiencias Provinciales sobre la cuestión debatida.

2.-La sentencia recurrida, en su ratio decidendi, aduce en primer lugar, para admitir la moderación de la cláusula, que la obligación principal ha sido incumplida en parte, pues faltaban 18 meses del contrato por cumplir.

Basta la lectura de la cláusula 9.ª, ya transcrita, para apreciar que tal incumplimiento es el contemplado en ella, y, por ende, se contradice la doctrina de la sala, que es la que sigue.

La sentencia 126/2017, de 24 de febrero, afirma lo siguiente:

"Como recoge la reciente sentencia de 25 de enero de 2017, recurso número 1471/2014, tiene declarado la Sala, entre otras muchas, en la sentencia 366/2015, de 18 de junio (rec. 1429/2013), con cita de la sentencia 8 72014, de 21 de febrero (rec. 406/2013), que el mandato del artículo 1154 C.C está condicionado a la concurrencia del supuesto en él previsto, esto es, a que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor; por lo que:

"En los demás casos la jurisprudencia -sentencias 585/2006. de 14 de junio 170/2010, de 31 de marzo, 470/2010, de 2 de julio, entre otras-, respetando la potencialidad creadora de los contratantes -artículo 1255 del Código Civil -y el efecto vinculante de la "lex privata" -artículo 1091 del Código Civil: "pacta sunt servanda" rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento -total o, incluso, parcial o deficiente de la prestación- que se hubiera producido.

"La sentencia 585/2006, de 14 de junio, recordó que es doctrina constante de esta Sala que cuando la

cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente la infracción prevista; o por decirlo con otras palabras, que la moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció, de modo que, como afirma la doctrina, la finalidad del repetido artículo no reside en resolver la cuestión de si se debe, rebajar equitativamente la pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido -sobre ello, las sentencias 962/2008, de 15 de octubre, 211/2009, de 26 de marzo 384/2009 de 1 de junio y 170/2010, de 31 de marzo, entre otras-.

"Esta doctrina ha sido recogida también en las SSTs de Pleno de 15 de abril de 2014, rec. n.º 2274/2012, y 21 de abril de 2014, rec. n.º1228/2012.

"Tal doctrina aparece expresamente recogida en supuestos similares al aquí enjuiciado, sobre contratos de arrendamiento de máquinas recreativa, en la sentencia 121/14, de 17 de marzo y 294/2014, de 10 de junio, negando en ambas la Sala la moderación de la cláusula penal."

Así es recordado en la reciente sentencia 148/2019, de 12 de marzo.

3.-El segundo argumento que emplea la sentencia recurrida para admitir la moderación de la cláusula penal es que la demandante al retirar la máquina tenía la posibilidad de colocarla en otro establecimiento.

Sobre este mismo argumento, en un litigio seguido como demandante por la propia sociedad del presente y con una cláusula idéntica, ya se ha pronunciado la sala en la sentencia 126/2017, de 24 de febrero.

Decíamos lo siguiente:

"En función de cómo se configure por las partes la cláusula penal puede tener una función resarcitoria o reparadora del daño que ha causado al acreedor el incumplimiento de la obligación por el deudor o el cumplimiento irregular, con lo que la cláusula viene a sustituir a la indemnización de daños y perjuicios, con fundamento en el artículo 1101 CC, o bien puramente punitiva desligada de todo propósito resarcitorio.

En este caso, pena cumulativa, se trataría de una prestación adicional del deudor que se suma a la propia indemnización de daños y perjuicios que ampara el artículo 1101 CC.

"Para que concurra esta modalidad, cláusula penal cumulativa, será preciso, por no presumirse su regulación en el Código Civil español, que haya sido convenida.



"Afirma la sentencia 530/2016, de 13 septiembre, recurso número 647/2014 que: "No cabe duda de que, como regla, y salvo en condiciones generales de la contratación entre empresarios y consumidores o usuarios (art. 85.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), nuestro derecho permite las cláusulas penales con función coercitiva, sancionadora o punitiva: no sólo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios que puedan causar los incumplimientos contractuales por ellas contemplados. Se permiten incluso en el artículo 1152.1 CC ("si otra cosa no se hubiere pactado") las penas que no sustituyen, sino que se acumulan a la indemnización de daños y perjuicios [por todas, STS 197/2016, de 30 de marzo (rec. 2303/2013)].

"No obstante, es claro para esta sala que dicha posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el artículo 1255 CC establece: pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente. No sólo las cláusulas penales "opresivas", intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado [como en el caso que contempló la STS 26/2013, de 5 de febrero (rec. 1440/2010)], o las "usurarias", aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; sino también aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Un ordenamiento jurídico que contiene una prohibición como la del artículo 1859 CC no puede no tener límite alguno de proporcionalidad a la libertad de los contratantes de estipular penas privadas.

"Para ese último tipo de cláusulas, con penalidades desproporcionadas en el sentido descrito, esta sala expresa su disposición a admitir la reducción judicial conservadora de su validez; que, como es evidente, ninguna relación tiene con lo dispuesto en el artículo 1154 CC, por lo que no se opone a nuestra actual jurisprudencia sobre en qué casos cabe, y en cuáles

no, la moderación judicial de la pena que dicha norma contempla.

"Naturalmente, la carga de alegar y de probar (si no es evidente) que la penalidad era, desde la perspectiva ex ante considerada, extraordinariamente excesiva, corresponderá al contratante que se oponga a que la cláusula penal le sea aplicada en los términos pactados (art. 217.3 LEC)."

Se añadía que la cláusula penal pactada por las partes en la estipulación novena del contrato litigioso es cumulativa, pues se conviene "con independencia de los daños y perjuicios a que hubiese lugar", sin que se haya incluido su validez en el objeto del debate de la primera instancia, que es el caso de autos si se atiende a los términos de los escritos rectores del procedimiento.

4.-Aplicando esta doctrina al caso litigioso se aprecia que la sentencia recurrida da por cumplido el supuesto de hecho al que se anudaba la cláusula penal, por lo que ésta ya no podía moderarse al amparo del artículo 1154 CC. Se preveía en el contrato la resolución anticipada de la relación contractual para la aplicación de la cláusula penal y así ha sucedido.

La cláusula, y de ahí, que no tenga sentido invocar razones de equidad, sobre todo si se tiene en cuenta, como se ha anticipado, que es cumulativa y no sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, no se fijó a tanto alzado, con independencia del tiempo que restara de cumplimiento del contrato, sino que su cuantificación dependía del tiempo que restara de cumplimiento, tiempo en que, a consecuencia del desistimiento unilateral, el demandante quedaría privado de la explotación de las máquinas en los términos convenidos.

5.-En atención a lo expuesto procede la estimación del recurso».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3352/2016] DE 10 DE JUNIO DE 2019 [Ponente: Eduardo Baena Ruiz]**

*Doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad civil de los abogados: incumplimiento de la lex artis (reglas del oficio).*

«El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la parte demandante, Servicios y Consultas Médicas, S.L. interpuso demanda de responsabilidad profesional contra el letrado Don Rogelio, reclamando una indemnización. de 110.469,50 euros en concepto de daños y perjuicios como consecuencia de la

negligencia profesional que se atribuye al abogado por un incorrecto asesoramiento en el encargo de recurrir en alzada una resolución de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía al haberse presentado por su Consejero Delegado dicho recurso fuera de plazo por indicación del letrado, lo que motivó que el recurso de alzada le fuera inadmitido por extemporáneo.

2.-La sentencia de instancia desestimó la demanda argumentando, en esencia, que no puede imputarse al letrado demandado negligencia en la pérdida del plazo teniendo en cuenta que el recurso fue presentado directamente por el Consejero Delegado de la actora y que la indicación del letrado, expresada en las comunicaciones por correo electrónico habidas entre las partes, no fue la de agotar ningún plazo sino la de presentar el recurso unos días antes, de modo que de haberse seguido sus indicaciones el recurso se habría formulado en plazo.

3.-Frente a este pronunciamiento se alza en apelación la representación procesal de la parte demandante, Servicios y Consultas Médicas, S.L. por considerar que la resolución incurre en un error en la apreciación de la prueba al entender que de la practicada y, en concreto, del correo electrónico en el que se recogen las indicaciones del letrado se infiere claramente que el mismo incurre en negligencia no solo por la pérdida del plazo para la interposición del recurso sino, además, por su incorrecta información sobre el día en el que acababa el plazo.

4.-El recurso de apelación fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava, que hoy es objeto de recurso de casación. Dicha resolución desestima el recurso y confirma lo dispuesto por la sentencia de primera instancia. En concreto en su Fundamento de Derecho Segundo señala lo siguiente:

"[...] aun cuando se concluyera que la información sobre el cómputo del plazo no fue correcta, teniendo en cuenta la interpretación jurisprudencial pacífica de esta cuestión, debemos convenir con la sentencia de instancia que en el caso las indicaciones del Letrado fueron las de no agotar el plazo y, en concreto, las de presentar el recurso el día 24 o 25 de junio. Tales indicaciones, motivadas por las dudas del Letrado en cuanto a la fecha de notificación del acto, no fueron seguidas por la actora, no porque la demandante no tuviera dudas en cuanto a la fecha de la notificación y considerara, a tenor del asesoramiento prestado por el Letrado, como fecha de vencimiento del plazo el lunes día 27, sino porque el Consejero Delegado de la actora no tuvo conocimiento de la información e indicaciones del Letrado hasta el domingo día 26

cuando leyó el correo electrónico que al efecto le había remitido el demandado el jueves día 23 de junio, de modo que, aunque el contenido de la información facilitada por el Letrado hubiera sido acorde con el criterio jurisprudencial sobre el cómputo, el recurso de alzada no se habría presentado en plazo. Como señala la resolución impugnada la comunicación vía correo electrónico era la habitual entre las partes y la lectura tardía de la comunicación cuestionada lo fue por causa imputable solo a la actora.

"Concurre, por tanto, un elemento ajeno suficiente para desvirtuar la influencia del incumplimiento de las reglas del oficio que se imputa al demandado en el pretendido resultado dañoso; la dejadez de la parte actora (STS 20 de mayo de 2014). En consecuencia, ante esta circunstancia sobrevenida, no podemos concluir que la actuación del Letrado demandado supusiera una falta de diligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc* [...]".

5.-Contra la anterior sentencia interpuso la parte actora recurso de casación por interés casacional, al amparo del ordinal 3.º del art. 477. 2 LEC.

Se articula en dos motivos:

En el motivo primero, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1544 del Código Civil, 47 y 78 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española y 48.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala n.º 1291/2002, de 30 de diciembre, recurso n.º 1908/1997, 1133/2007, de 18 de octubre de 2007, recurso n.º 4086/2000, la de fecha 22 de abril de 2013 y 14 de julio de 2005, todas ellas relativas al deber del abogado de conocimiento y aplicación de las normas jurídicas aplicables.

Por último, en el motivo segundo, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1544 del Código Civil, 47 y 78 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española y 48.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala n.º 1291/2002, de 30 de diciembre, recurso n.º 1908/1997, 1133/2007, de 18 de octubre de 2007, recurso n.º 4086/2000, la de fecha 22 de abril de 2013 y 14 de julio de 2005, todas ellas relativas al deber del abogado de informar al cliente.

En ambos motivos la parte recurrente argumenta sobre la conducta negligente del letrado, no solo por

la pérdida del plazo para la interposición del recurso sino, además, por su incorrecta información sobre el día en el que acababa el plazo.

6.-La sala dictó auto el 30 de enero de 2019 por el que acordó admitir el recurso de casación.

La parte recurrida formalizó, en plazo, oposición al recurso interpuesto y admitido.

SEGUNDO. -En atención a la estrecha relación que guardan entre sí ambos motivos van a ser enjuiciados conjuntamente.

La sentencia 282/2013, de 22 de abril, rec. 896/2009, citada por la recurrente, contiene una síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad civil de los abogados, que es la siguiente:

(i) La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (SSTS de 28 de enero de 1998, 23 de mayo de 2006 y 27 de junio de 2006, 30 de marzo de 2006, rec. 2001/1999, 14 de julio de 2005, rec. 971/1999, 26 de febrero de 2007, rec. 715/2000, 2 de marzo de 2007, rec. 1689/2000, 21 de junio de 2007, rec. 4486/2000, 18 de octubre de 2007, rec. 4086/2000, 22 de octubre de 2008, rec. 655/2003).

El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. En la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual.

(ii) El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* [reglas del oficio], esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (STS de 14 de julio de 2005).

(iii) La jurisprudencia ha precisado que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual,

la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (STS de 14 de julio de 2005, rec. 971/1999 y 21 de junio de 2007, rec. 4486/2000).

El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta como regla general la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, rec. 2001/1999, 26 de febrero de 2007, rec. 715/2000, entre otras).

(iv) Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido -siempre que no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial- una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser configuradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva y por ello un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC (TS de 23 de julio de 2008, rec. 98/2002).

Esta doctrina no solo no la desconoce la sentencia recurrida, sino que la cita expresamente para, a continuación, examinar si de los hechos declarados probados se infiere una falta de diligencia profesional en el abogado demandado.

TERCERO. -Decisión de la sala. Petición de principio.

1.-El recurso formulado por la demandante incurre en el vicio de petición de principio, pues presupone algo contrario a lo que ha sido declarado por la sentencia recurrida y, además se excede al no ajustarse estrictamente a la *ratio decidendi* (razón de decidir) de ella.

2.-La sentencia recurrida reconoce que el parecer del abogado respecto al plazo para interponer el recurso de alzada era erróneo, conforme a la interpretación jurisprudencial pacífica sobre la cuestión, si bien su particular interpretación no era absurda.

3.-Pero esa interpretación errónea, que no se tacha de absurda, no es la ratio decidendi para desestimar la demanda, sino la de considerar que el letrado no pecó de falta de diligencia, pues su consejo al cliente, por los cauces de comunicación aceptados por ambos, fue que, ante la duda, presentase el recurso el día 24 o 25 de junio, y, por ende, dentro de plazo.

4.-Los hechos probados inamovibles en que se funda el tribunal de apelación son los siguientes:

(i) Las indicaciones del letrado fueron las de no agotar el plazo y, en concreto, las de presentar el recurso el día 24 o 25 de junio.

(ii) Tales indicaciones no fueron seguidas por la actora, motivado porque el Consejero Delegado de ella no tuvo conocimiento de la información e indicación del letrado hasta el domingo día 26, que fue cuando leyó el correo electrónico remitido por éste el día 23 de junio.

(iii) La comunicación vía correo electrónico era la habitual entre las partes.

(iv) La lectura tardía de la comunicación cuestionado lo fue por causa imputable solo a la actora.

5.-Por tanto, el deber del abogado de informar al cliente se cumplió. Le hizo ver las dudas que albergaba sobre el cómputo del plazo para interponer el recurso de alzada y le aconsejó que, para asegurar el resultado, lo interpusiese el día 24 o 25 de junio, esto es, dentro de plazo.

Si el Consejero Delegado no leyó el correo hasta el día 26, no fue por causa imputable al abogado, que lo remitió por el cauce mutuamente aceptado de comunicación, sino por su propia negligencia.

Si el Consejero Delegado tenía que viajar su obligación era controlar directamente su correo electrónico, a través de los medios técnicos de los que hoy se dispone, o encargar a un tercero esa misión, pero nunca desentenderse y quedar incomunicado, teniendo en cuenta la relevancia de su cargo en la entidad actora.

Por todo lo expuesto se desestima el recurso».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 527/2017] DE 12 DE JUNIO DE 2019 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

*Transmisión de negocio bancario: cesión de contratos. Doctrina jurisprudencial: no es comprensible que el cesionario alegue la inadmisibilidad y se oponga a los recursos formulados por sus clientes con los mismos argumentos que han sido ya rechazados de forma reiterada por la sala, pero sin criticarlos ni tratar de convencer al tribunal sobre lo incorrecto de su*

*jurisprudencia, simplemente obviándola, como si las sentencias que resuelven recursos prácticamente idénticos a este, que ya han rechazado esos argumentos, no se hubieran dictado. Cuando la causa de la cesión de los contratos bancarios es justamente la transmisión del negocio bancario como una unidad económica, en cuya operación se enmarca y adquiere sentido la cesión de los contratos, la cesión incluye tanto los créditos, derechos y, en general, posiciones activas de la entidad bancaria transmitente respecto de sus clientes, como las obligaciones, responsabilidades y, en general, posiciones pasivas de dicha entidad frente a sus clientes. Entre estas últimas está la de soportar pasivamente las acciones de nulidad y exigencia de responsabilidad contractual de los contratos celebrados por el cedente con sus clientes y restituir las prestaciones percibidas en caso de que tales acciones fueran estimadas.*

«D. Juan Pablo y D.ª Miriam interpusieron una demanda contra Caixabank S.A. (en lo sucesivo, Caixabank), en la que ejercitaron una acción de nulidad por vulneración de normas imperativas; subsidiariamente, de anulación por error vicio; y por último, de resolución por incumplimiento contractual. En todas las acciones solicitaban la restitución recíproca de las prestaciones.

2.-Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que apelaron los demandantes, estimaron la excepción de falta de legitimación pasiva que planteó Caixabank.

3.-Los demandantes han interpuesto recurso de casación, basado en tres motivos.

SEGUNDO. -Consideraciones previas.

1.-Las cuestiones planteadas en este recurso han sido ya resueltas por este tribunal en las sentencias 652/2017, de 19 de noviembre, dictada por el pleno de este tribunal, y las posteriores 54/2018 y 55/2018, ambas de 1 de febrero, 71/2018, de 13 de febrero, 257/2018, de 26 de abril, 667/2018, de 23 de noviembre, y 10/2019, de 11 de enero.

2.-Todas estas sentencias, la primera de las cuales es una sentencia del pleno de la sala, y todas ellas son recientes, han establecido una doctrina jurisprudencial no solo en esta materia, sino en la concreta cuestión de la responsabilidad de Caixabank con relación a los contratos suscritos por Bankpime con sus clientes en el negocio bancario que posteriormente fue transmitido por Bankpime a Caixabank.

3.-Pese a que todas estas sentencias son anteriores al momento en que Caixabank presentó su escrito de oposición al recurso, Caixabank alega unas causas de inadmisibilidad del recurso y formula su oposición al

motivo fundamental, el relativo a su legitimación pasiva, con base en argumentos que ya han sido rechazados de forma reiterada por este tribunal.

4.-Que un litigante que es parte en numerosos litigios en los que se discute la misma cuestión, no esté de acuerdo con la decisión que adopte el Tribunal Supremo, no es objetable. Que, cuando se le presente la ocasión, con motivo de un nuevo recurso en que intervenga como recurrente o recurrido, intente convencer al tribunal para que modifique su jurisprudencia, es también razonable. Lo que no es comprensible es que Caixabank alegue la inadmisibilidad y se oponga a los recursos formulados por sus clientes alegando los mismos argumentos que han sido ya rechazados de forma reiterada por esta sala, pero sin criticarlos ni tratar de convencer a este tribunal sobre lo incorrecto de su jurisprudencia, simplemente obviándola, como si esas sentencias que resuelven recursos prácticamente idénticos a este, que ya han rechazado esos argumentos, no se hubieran dictado.

5.-Dicho lo anterior, este tribunal no encuentra razones para apartarse de la jurisprudencia que tiene establecida sobre la materia, por lo que la solución que se adopte será la misma adoptada en esas sentencias anteriores.

TERCERO. -Formulación de los motivos primero y tercero del recurso de casación.

1.-El primer motivo del recurso de casación se encabeza con el siguiente enunciado:

"Traspaso de la relación comercial de Bankpyme a Caixabank. Vulneración del art. 10 de la LEC y vulneración de las normas legales y la jurisprudencia de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo en cuestiones relativas a la cesión de los contratos".

2.-En el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción legal se ha cometido al no considerar que, en la cesión de contratos que tuvo lugar por la transmisión del negocio bancario de Bankpyme a Caixabank, esta ocupó la posición contractual de la entidad transmitente a todos los efectos respecto de los clientes de aquella, con asunción de los derechos y las obligaciones derivados de tales contratos, sin perjuicio de las acciones de repetición que pueda ejercitar la entidad adquirente frente a la vendedora. La relación negocial entre Bankpyme y Caixabank no habría supuesto simplemente la transmisión de la primera a la segunda de derechos y obligaciones aislados, sino que estos han sido transmitidos en conexión con una relación recíproca que les da sentido, creando un vínculo de interdependencia entre ellos. Los demandantes consintieron esta cesión de contratos, pero su consentimiento no puede

entenderse extendido al desentendimiento de la cesionaria respecto de las reclamaciones que pudiera efectuar el cliente en virtud de la relación contractual mantenida con Bankpyme, pues no tuvieron conocimiento de los pactos por los que se pretendía excluir esa responsabilidad.

3.-El encabezamiento del tercer motivo tiene este contenido:

"Al amparo del artículo 477.1 de la LEC. En virtud del artículo 477.3 de la LEC, necesaria unificación de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la legitimación pasiva que le compete a la entidad demandada Caixabank. Fundamento de Derecho Primero y Segundo de la sentencia recurrida".

4.-En este motivo se alega la existencia de sentencias contradictorias sobre este extremo en las Audiencias Provinciales, por lo que no constituye propiamente un motivo de recurso, sino la justificación del interés casacional que permitiría la admisión del recurso.

5.-Los argumentos de estos motivos del recurso, y de la oposición que a los mismos ha formulado Caixabank, son reiteración de los alegados en el recurso que fue resuelto por la sentencia 667/2018, de 23 de noviembre, en el que intervinieron los mismos abogados, por lo que reproduciremos los argumentos de esta sentencia para resolver el presente recurso, al no existir razón que justifique que nos apartemos de lo que ya hemos declarado.

CUARTO. -Decisión del tribunal (I): desestimación de las alegaciones de inadmisibilidad del recurso.

1.-Al igual que sucedió en el anterior recurso a que se ha hecho referencia, Caixabank alega tres causas de inadmisibilidad, que ya fueron rechazadas en la anterior sentencia.

En primer lugar, alega que el recurso de casación es inadmisibile porque no es el cauce adecuado para resolver cuestiones relativas a la legitimación pasiva, que, por tener naturaleza procesal, debe resolverse en un recurso extraordinario por infracción procesal.

2.-En las sentencias 54/2018 y 55/2018, ambas de 1 de febrero, 257/2018, de 26 de abril, y en la más reciente 10/2019, de 11 de enero, en las que resolvimos recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos por Caixabank que planteaban su pretendida falta de legitimación pasiva, declaramos que era dudoso que las cuestiones relevantes para decidir sobre la legitimación pasiva de Caixabank pudieran fundar un recurso extraordinario por infracción procesal, puesto que tienen una naturaleza fundamentalmente sustantiva: se refieren a la naturaleza de la relación jurídica que en su día existió entre Bankpyme y los demandantes con relación a la adquisición por estos de los productos financieros

complejos y a la posición que en dicha relación tenía Bankpime; la posibilidad de cesión del contrato existente entre Bankpime y los clientes; y la interpretación del contrato suscrito entre Bankpime y Caixabank por la que aquella transmitió a esta su negocio bancario. Declaramos en esas sentencias que, dado que el recurso extraordinario por infracción procesal había sido admitido a trámite, que se trataba de una cuestión problemática y que la frontera entre lo sustantivo y lo procesal, en materia de legitimación pasiva, es muchas veces difusa, no procedía inadmitir en este trámite el recurso extraordinario por infracción procesal.

De hecho, tales cuestiones habían sido planteadas por Caixabank en el recurso de casación que fue resuelto por la sentencia del pleno de este tribunal 652/2017, de 29 de noviembre, y a través de tal cauce fue admitido y resuelto por este tribunal. No puede estimarse, por tanto, la alegación de improcedencia del recurso de casación sobre estas cuestiones, que han de resolverse aplicando normativa sustantiva.

3.-También se reitera en este recurso que las alegaciones del recurso de casación relativas a la cesión del contrato y a los términos de la misma son cuestiones nuevas introducidas por los demandantes en su recurso de casación.

4.-Esta causa de inadmisión ha de ser rechazada por las mismas razones por las que lo fue en la sentencia 667/2018, de 23 de noviembre, a que se viene haciendo referencia. Ha sido Caixabank quien ha introducido tales cuestiones en el litigio, y sus alegaciones al respecto han sido aceptadas por el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial. Por tanto, no constituye una cuestión nueva que los demandantes, en su recurso de casación, impugnen los argumentos de la Audiencia Provincial que daban por buenas las alegaciones de Caixabank sobre los términos en que se produjo la cesión del contrato y la transmisión del negocio bancario de Bankpime a Caixabank.

5.-Por último, como causa de inadmisibilidad se alega de nuevo la falta de interés casacional del recurso.

6.-Como ya se dijo en la anterior sentencia a la que se están haciendo constantes referencias, la alegación es inconsistente. Cuando se interpuso el recurso de casación, el interés casacional era evidente porque existían resoluciones contradictorias de las Audiencias Provinciales sobre la legitimación pasiva de Caixabank para soportar las acciones de los clientes de Bankpime.

Ese interés casacional era aún más claro cuando Caixabank presentó su escrito de oposición al recurso, pues la tesis de la sentencia recurrida se opone a la

jurisprudencia de este tribunal, conocida por la recurrida que formula esas alegaciones puesto que todas esas sentencias se han dictado en recursos en los que Caixabank era parte, en algunos de ellos incluso con la misma asistencia letrada.

QUINTO. -Decisión del tribunal (II): ineficacia frente a los clientes de la exención de los "pasivos contingentes" de la transmisión del negocio bancario.

1.-La cláusula en que Caixabank funda su excepción de falta de legitimación pasiva, estimada por la Audiencia Provincial, no supone la exclusión de algunos pasivos en la transmisión del negocio bancario, o la exclusión de algunos contratos en la cesión de contratos efectuada por Bankpime a Caixabank, exclusión de contratos que, por otra parte, era incompatible con la transmisión del negocio bancario como unidad económica.

Lo que en realidad se pretendía con esa cláusula era transmitir a Caixabank el negocio bancario de Bankpime, ceder a Caixabank los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes en el marco de dicho negocio, pero sin que Caixabank asumiera responsabilidad alguna frente a los clientes cedidos. Y se pretendía hacerlo sin ponerlo en conocimiento de los clientes "cedidos" ni contar con su aquiescencia.

2.-Una interpretación de esta cláusula como la que se admite en la sentencia recurrida no es admisible. Hacerla valer frente a terceros ajenos al contrato que celebró con Bankpime para quedar exenta de responsabilidad frente a esos terceros supone defraudar los legítimos derechos del cliente bancario a la protección de su posición contractual en un caso de transmisión del negocio bancario como unidad económica. Máxime en un caso como este, en que el cedente se desprendió por completo de su negocio bancario y casi sin solución de continuidad, renunció a la autorización para operar como entidad de crédito y entró en concurso que terminó en liquidación al no aprobarse el convenio.

3.-Por tal razón, esa cláusula carece de eficacia frente a terceros no intervinientes en el contrato, como es el caso de los clientes de Bankpime que por la transmisión del negocio bancario pasaron a serlo de Caixabank. La tesis de Caixabank, admitida por la Audiencia Provincial, vulnera el art. 1257 del Código Civil, pues una cláusula del contrato que celebró con Bankpime afectaría a terceros ajenos al contrato, que no han prestado su aquiescencia, y les privaría de los derechos que tienen frente a la entidad bancaria de la que son clientes, que en su día fue Bankpime, pero que posteriormente pasó a serlo Caixabank en virtud de la transmisión del negocio bancario de una a otra

entidad y de la cesión de la posición contractual que tal transmisión suponía.

4.-Al haberse producido, en virtud del negocio jurídico celebrado entre CaixaBank y Bankpime, la cesión global de los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes como elemento integrante de la transmisión del negocio bancario, como unidad económica, de una a otra entidad, la transmisión de la posición jurídica que el cedente tenía en los contratos celebrados con los clientes en el desenvolvimiento del negocio bancario transmitido ha de considerarse plena.

5.-No es admisible que la subrogación del cesionario en lugar del cedente se realice en un modo que permita al cesionario disfrutar de las ventajas que tales contratos le suponen, pero le libere de las responsabilidades contraídas por el cedente en la celebración de tales contratos, que es lo que supone en la práctica la pretensión de CaixaBank, formulada al amparo de dicha cláusula y estimada en la sentencia recurrida. Tal pretensión implica la defraudación de los legítimos derechos de los clientes bancarios, al privarles de las acciones que pueden ejercitar con base en los contratos celebrados con el banco del que han pasado a ser clientes en virtud de la transmisión del negocio bancario realizado y que ha asumido la posición contractual del banco cedente.

6.-La solución admitida por la sentencia recurrida supone que, aun cuando la transmisión del negocio bancario fue global, algunas relaciones jurídicas con algunos clientes que pasaron a ser de CaixaBank retornarían a Bankpime por el solo hecho de resultar conflictivas o inconvenientes para CaixaBank, y ello en virtud de una cláusula oculta para esos mismos clientes y pese a haber dejado de operar Bankpime en el negocio bancario.

Por ello, frente a los clientes, carece de eficacia la previsión de que no resultan transmitidos los "pasivos contingentes" consistentes en "reclamaciones contractuales [...] futuras que puedan derivarse de la actividad del vendedor [...]".

7.-Este tribunal ha considerado en otros supuestos en los que se ha traspasado el negocio rentable a otra entidad y se ha pretendido dejar a una sociedad insolvente las obligaciones derivadas del negocio que se traspasaba, que se trata de un fraude de ley en cuanto que supone una operación que, al amparo del texto de una norma, perseguía un resultado contrario al ordenamiento jurídico, como es la desprotección del crédito.

Así ocurrió, por ejemplo, con varias sentencias del caso Ercros-Ertoil (sentencia 873/2008, de 9 de octubre, y las que en ella se citan). En estas sentencias

se consideró que constituía un fraude de ley la operación, en este caso societaria, por la que se transmitió un patrimonio afecto a la rama de actividad (negocio del petróleo) como unidad capaz de funcionar por sí misma sin que resultaran garantizados los créditos de los acreedores de la sociedad transmitente, puesto que los acreedores vieron reducidas sus garantías patrimoniales con la salida de activos y la sociedad deudora quedó sin patrimonio con que responder, en fraude de sus acreedores, como luego resultó acreditado por la suspensión de pagos de Ercros.

En esas sentencias, este tribunal concluyó que ambas sociedades produjeron con tales actuaciones un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, claramente preocupado por evitar los efectos perjudiciales de las insolvencias que son provocados por los mismos deudores (artículos 1111 y 1291.3 del Código Civil), así como el daño que a la protección del crédito puede provocar este tipo de operaciones de transmisión patrimonial en bloque.

8.-Además de lo expuesto, debe añadirse que en este caso es necesario proteger la confianza legítima generada en sus clientes por la actuación de Bankpime y CaixaBank.

La operación celebrada entre ambos se presentó a los clientes como una transmisión del negocio bancario (como efectivamente había sido), con cesión incluso de oficinas y personal, pues así se les comunicó y así se desprendía de los signos externos apreciables por los clientes (mismas oficinas, mismos empleados). Con base en esta apariencia, los clientes tenían derecho a confiar en que no se limitaría su derecho a ejercitar frente al nuevo titular del negocio bancario las acciones basadas en el desenvolvimiento del negocio bancario anterior al momento en que se produjo tal transmisión.

9.-Esta transmisión del negocio bancario de una a otra entidad fue comunicada a los clientes sin informarles sobre las pretendidas limitaciones que CaixaBank alegó para fundar la excepción de falta de legitimación pasiva, que fue estimada por la Audiencia Provincial. Las cláusulas del contrato celebrado entre Bankpime y CaixaBank en las que este pretende fundar las limitaciones que impedirían a los clientes ejercitar contra él las acciones derivadas de los contratos enmarcados en el negocio bancario transmitido, eran desconocidas para los clientes de Bankpime que pasaron a serlo de CaixaBank con base en la transmisión operada, como es el caso de los demandantes.

10.-Por último, dado que la existencia o no de un conflicto que dé lugar a una "reclamación contractual"

(en un sentido amplio, que incluya tanto las acciones de nulidad del contrato como las derivadas del incumplimiento contractual) depende de la voluntad de Caixabank de atender a las solicitudes de sus nuevos clientes, la pretensión de hacer valer una cláusula de esta naturaleza frente a los clientes que lo eran de Bankpime y pasaron a serlo de Caixabank, supone dejar sin efecto la cesión de una determinada posición contractual, efectivamente producida, cuando en el futuro se genere un conflicto al que el banco cesionario decida no dar una respuesta satisfactoria para el cliente, y este efectúe una reclamación.

Se estaría dejando la decisión sobre la validez y el cumplimiento de los contratos cedidos al arbitrio exclusivo del cesionario del contrato, que no tendría que responder frente al cliente de la acción que este entablara para obtener la anulación del contrato o la exigencia de responsabilidad por el incumplimiento del mismo.

11.-A la vista de lo anterior, este extremo del contrato de cesión celebrado entre Bankpime y Caixabank debe ser interpretado en el sentido de que aquel quedaba obligado a dejar a este indemne por las reclamaciones que le formularan los clientes que en su día lo fueron de Bankpime cuando tales reclamaciones se basaran en hechos acaecidos antes de la transmisión del negocio bancario, de modo que Caixabank pueda reclamarle la indemnización por el quebranto patrimonial que le supongan estas reclamaciones.

Esta interpretación, respetuosa con la protección del crédito y de los legítimos derechos de la clientela que impone el orden público económico y con la previsión de que los contratos solo producen efectos entre las partes y sus causahabientes, es la única que respeta las exigencias de los arts. 1255 y 1257 del Código Civil.

SEXTO. -Decisión del tribunal (III): la legitimación pasiva en las acciones de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos comercializados por las empresas de inversión.

1.-Despejada la cuestión relativa a la eficacia a la cláusula exoneratoria invocada por Caixabank y aceptada por la Audiencia Provincial para estimar la falta de legitimación pasiva de tal entidad, deben abordarse las demás cuestiones atinentes a dicha legitimación pasiva.

En primer lugar, la relativa a si la transmisión del negocio bancario realizada por Bankpime a Caixabank legitima pasivamente a esta para soportar la acción de nulidad del contrato de adquisición de productos de inversión, dada la naturaleza de la intervención que en tal contrato tuvo Bankpime. Caixabank, en su oposición al recurso, afirma que la legitimación pasiva

en litigio de esta naturaleza correspondería al emisor del producto de inversión, pero no al mero comercializador, como fue el caso de Bankpime.

2.-Este tribunal, en anteriores sentencias, ha reconocido la legitimación pasiva de la entidad bancaria que comercializa a sus clientes un producto de inversión cuando estos ejercitan contra aquella 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, 718/2016, de 1 de diciembre, y 477/2017, de 20 de julio. Respecto de los litigios en los que es parte Caixabank y que se refieren a la cesión de contratos por la transmisión del negocio bancario de Bankpime a Caixabank, lo hemos afirmado en las sentencias 652/2017, de 19 de noviembre, dictada por el pleno de este tribunal, 54/2018 y 55/2018, ambas de 1 de febrero, 71/2018, de 13 de febrero, 257/2018, de 26 de abril, 667/2018, de 23 de noviembre, y 10/2019, de 11 de enero.

3.-En la sentencia 477/2017, de 20 de julio, hemos declarado que cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unos bonos) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente.

Es más, por lo general el cliente no conoce el modo en que la empresa de inversión ha obtenido el producto que tal empresa comercializa, pues ignora si la empresa de inversión lo ha adquirido directamente del emisor o lo ha adquirido en un mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente.

4.-El inversor paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente. La empresa de inversión le facilita el producto financiero que comercializa (que usualmente queda custodiado y administrado por la propia 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 carga sobre el precio que abonó por la adquisición del producto.



5.-En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión, en este caso un banco, que comercializa el producto financiero, para soportar la acción de nulidad del contrato por el que el cliente obtuvo el producto y, en caso de condena, debe restituir al cliente la prestación consistente en el precio que este pagó por la adquisición del producto.

6.-Esta solución es la más adecuada a la naturaleza de la acción ejercitada y a la intervención que los distintos sujetos tienen en el negocio, habida cuenta de que el elemento determinante de la existencia de error vicio es, en estos casos, el déficit de información del cliente provocado porque la empresa de inversión que actúa como comercializadora ha incumplido las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores.

SÉPTIMO. -Decisión del tribunal (IV): la cesión de la posición contractual de Bankpime en el negocio bancario.

1.-Bankpime y CaixaBank articularon formalmente la transmisión por el primero al segundo de "su negocio bancario como unidad económica" como una transmisión de activos y pasivos propios de tal negocio bancario, en la que se enmarcaba la cesión de los contratos suscritos por Bankpime con sus clientes.

2.-CaixaBank, en su oposición al recurso, alega que el contrato objeto del litigio se consumó en el momento de su celebración en 2006, sin que haya desplegado efecto adicional alguno.

Es cierto que la jurisprudencia de esta sala ha afirmado que, para que se produzca la cesión de un contrato, es preciso que este sea un contrato con prestaciones sinalagmáticas que no hayan sido cumplidas todavía. Pero el negocio celebrado entre Bankpime y CaixaBank ha de ser analizado en su totalidad, sin descomponerlo artificialmente, para decidir si CaixaBank está legitimado pasivamente para soportar las acciones relativas al contrato que en su día celebró la demandante con Bankpime.

3.-El negocio jurídico celebrado por las dos entidades bancarias no tenía por finalidad la cesión de determinados contratos celebrados por Bankpime, sino la transmisión de su negocio bancario (que era la actividad propia de su objeto social) como una unidad económica. En el marco de esa transmisión del negocio bancario como unidad económica, Bankpime se desprendió de los elementos patrimoniales necesarios para el desenvolvimiento del negocio bancario, que transmitió a CaixaBank, incluida la cesión de los contratos celebrados con sus clientes, y

poco después renunció a la autorización para operar como entidad de crédito.

4.-La causa de la cesión de los contratos bancarios por Bankpime a CaixaBank es justamente la transmisión del negocio bancario como una unidad económica, en cuya operación se enmarcaba y adquiriría sentido la cesión de los contratos. La particularidad de esa causa de la cesión de los contratos trae como consecuencia que esta cesión incluyera tanto los créditos, derechos y, en general, posiciones activas de la entidad bancaria transmitente respecto de sus clientes, como las obligaciones, responsabilidades y, en general, posiciones pasivas de dicha entidad frente a sus clientes. Entre estas últimas está la de soportar pasivamente las acciones de nulidad y exigencia de responsabilidad contractual de los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes y restituir las prestaciones percibidas en caso de que tales acciones fueran estimadas.

5.-De haberse tratado de una simple cesión individual de contratos (que, por otra parte, era incompatible con que la causa de tales cesiones fuera la transmisión del negocio bancario como unidad económica), tal cesión debería haber sido consentida por cada uno de los clientes, a los que se debería haber informado de los términos en que se había producido la cesión y haber recabado la prestación de su consentimiento.

Sin embargo, solo se informó a los clientes de la transmisión del negocio bancario y la sustitución de Bankpime por CaixaBank, como hecho consumado, sin comunicarles las pretendidas limitaciones de los derechos de los clientes frente al cesionario de los contratos ni solicitarles que consintieran la cesión, en esos términos, del contrato o contratos que les vinculaba a Bankpime.

6.-Por tanto, la transmisión por Bankpime a CaixaBank de su negocio bancario como unidad económica y, como elemento integrante de dicha transmisión, la sustitución de Bankpime por CaixaBank en la posición contractual que aquel ostentaba frente a cada uno de sus clientes del negocio bancario, justifica que estos clientes pudieran ejercitar contra CaixaBank las acciones de nulidad contractual, por error vicio, respecto de los contratos celebrados por Bankpime con su clientela antes de la transmisión del negocio bancario, sin perjuicio de las acciones que CaixaBank pueda ejercitar contra Bankpime para quedar indemne frente a esas reclamaciones, conforme a lo previsto en el contrato celebrado entre ambos bancos. OCTAVO. -Estimación del recurso y devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial.

1.-La consecuencia de lo expuesto es que procede casar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y

afirmar la legitimación pasiva de Caixabank respecto de la demanda promovida por los hoy recurrentes.

2.-Ahora bien, la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia impugnada no determina en este caso que la sala resuelva sobre el fondo de la reclamación planteada en la demanda. Al apreciar la falta de legitimación pasiva de Caixabank, ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación valoraron la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa y, lógicamente, salvo en lo relativo a la legitimación pasiva, tampoco la han enjuiciado en derecho. Falta, por tanto, y de un modo absoluto, el juicio de hecho y de derecho sobre la materia objeto del proceso. De ahí que, no siendo en absoluto la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, y no habiendo sido estas enjuiciadas, en puridad, por ninguna instancia, el pronunciamiento de esta sala deba limitarse a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia, una vez que se ha declarado la legitimación pasiva de Caixabank. En todo caso, tanto la apelación como el eventual recurso de casación que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 431/2017] DE 13 DE JUNIO DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

*Legitimación de una asociación de registradores para impugnar judicialmente una resolución de la DGRN que revisa una calificación registral.*

«La Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), mediante resolución gubernativa de 16 de noviembre de 2015, estimó el recurso interpuesto por el notario de Tauste contra la nota de calificación negativa extendida por el registrador de la propiedad de Ejea de los Caballeros que suspendía la inscripción de una escritura de manifestación de herencia.

2. La Asociación Profesional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (en adelante, Asociación de Registradores) ha interpuesto una demanda de juicio verbal para impugnar la reseñada resolución de la DGRN.

3. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda al apreciar la falta de legitimación activa de la Asociación de Registradores para impugnar resoluciones de la DGRN, de acuerdo con lo regulado en el art. 328 LH y la jurisprudencia que lo interpreta.

4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la falta de legitimación activa de la Asociación de Registradores.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación.

1. Formulación del motivo. El motivo se funda en la "infracción del art. 328.IV de la Ley Hipotecaria en relación con el art. 7.3 LOPJ".

En el desarrollo del motivo se argumenta que, conforme a la jurisprudencia constitucional, hay que interpretar con amplitud las fórmulas que emplean las leyes procesales en la atribución de la legitimación activa (STC 15/2012, de 13 de febrero), porque afecta al contenido esencial y primario del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y en mayor medida cuando está en juego el acceso a la jurisdicción (STC 29/2010, de 27 de abril). Por eso, entiende que la cuestión controvertida no se resuelve en aplicación de la doctrina contenida en la sentencia de 20 de septiembre de 2011 a propósito del art. 328 IV LH, sino vinculando tal precepto con el art. 7.3 LOPJ, que para la defensa de los intereses colectivos reconoce legitimación a las asociaciones.

Insiste en que la Asociación de Registradores no se encuentra entre las entidades excluidas por el 328 IV LH para impugnar las resoluciones de la DGRN. Y, en cualquier caso, la legitimación de las asociaciones tiene un reconocimiento específico en las normas orgánicas jurisdiccionales a las que es preciso acudir. Procede desestimar el recurso por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo. Para resolver la cuestión planteada en el recurso, la legitimación de una asociación de registradores para impugnar judicialmente una resolución de la DGRN que revisa una calificación registral, hemos de partir del estado de la jurisprudencia sobre la materia.

Como hemos recordado recientemente en la sentencia 644/2018, de 20 de noviembre, tras la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, que reformó el art. 324 LH, para la impugnación de una calificación negativa del registrador, el recurso ante la DGRN es potestativo, de modo que es posible la impugnación judicial directa:

"Las calificaciones negativas del registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según

los trámites previstos en los artículos siguientes, o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que le sean aplicables, las disposiciones contenidas en el artículo 328 de esta Ley . [...]"

El art. 325 LH reseña quiénes están legitimados para recurrir la calificación negativa del registrador ante la DGRN. Y el art. 328 LH, después de regular en el párrafo primero la competencia judicial y el procedimiento para la impugnación judicial, y en el segundo los plazos para la interposición de la demanda, se refiere en los párrafos tercero y cuarto a la legitimación de este modo:

"Están legitimados para la interposición de la misma los que lo estuvieren para recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (...).

"Carecen de legitimación para recurrir la resolución de la Dirección General el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el Consejo General del Notariado y los Colegios Notariales. El notario autorizante del título o su sucesor en el protocolo, así como el registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles cuya calificación negativa hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la Dirección General de los Registros y del Notariado podrán recurrir la resolución de ésta cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares. El Juez que conozca del recurso interpuesto podrá exigir al recurrente la prestación de caución o fianza para evitar cualquier perjuicio al otorgante del acto o negocio jurídico que haya sido calificado negativamente".

La sentencia 644/2018, de 20 de noviembre interpreta este precepto en el siguiente sentido:

"El párrafo cuarto (...) restringe la legitimación para recurrir judicialmente la resolución de la DGRN. Expresamente niega esta legitimación, por una parte, al Colegio de Registradores, al Consejo General de Notariado y a los colegios notariales, y por otra al notario y al registrador implicados (el notario que autorizó el título y el registrador cuya calificación negativa hubiera sido revocada por la DGRN). Con esta restricción, se ha pretendido que, siendo la DGRN el órgano superior jerárquico común del cual dependen en el ejercicio de su función tanto los notarios como los registradores, no se emplee la impugnación judicial de las resoluciones de la DGRN como cauce para dirimir conflictos institucionales entre los cuerpos notarial y registral. Por eso, la norma ha ceñido la legitimación a los directamente interesados,

ordinariamente, los titulares de derechos que pretendían acceder al registro".

Y resalta, a continuación, que el propio párrafo 4º del art. 328 LH reconoce legitimación al notario autorizante del título y del registrador que califica, para recurrir judicialmente la resolución de la DGRN "cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares".

La posterior sentencia 149/2019, de 13 de marzo, en un caso en que se discutía la legitimación del notario, parte de la jurisprudencia sobre la legitimación del registrador e ilustra un poco más en qué consiste esta exigencia legal de que la resolución de la DGRN "afecte a un derecho o interés del que sean titulares", para justificar la legitimación para impugnarla judicialmente:

"Como declaramos respecto del registrador, tampoco en el caso del notario este derecho o interés "se identifica con el que resulta de la defensa de la legalidad o disconformidad con la decisión del superior jerárquico respecto de actos o disposiciones cuya protección se le encomienda" (Sentencia 195/2014, de 2 de abril).

"Este interés o derecho afectado por la resolución no puede ser el prurito de tener la razón o de no ser desautorizado por la DGRN, ni el prestigio profesional del notario o del registrador.

"Debe tratarse de un derecho o interés más objetivo, como sería "una eventual responsabilidad civil o disciplinaria del registrador relacionada con la función calificadora registral si la nota de calificación hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la DGRN" (Sentencia 195/2014, de 2 de abril). Esta mención se refiere al registrador y no agota los supuestos que justificarían esta legitimación.

"En el caso del notario no puede perderse de vista (...) que su actuación se enmarca en una relación de prestación de servicios que, caso de no prestarse satisfactoriamente, por verse frustrada la inscripción de la escritura autorizada, estaría más expuesta a una eventual responsabilidad civil profesional de naturaleza contractual y, en menor medida, al reproche disciplinario.

"Pero no basta una mera alegación o invocación genérica de esta posibilidad de que se le exigiera responsabilidad civil caso de confirmarse por la DGRN la denegación de la inscripción, pues esto equivaldría admitir en todo caso la legitimación del notario, ya que difícilmente puede negarse que "en abstracto" el cliente pudiera llegar a reclamar algún perjuicio económico derivado de imposibilidad de inscribir la escritura autorizada por el notario.

"Si en el caso del registrador nos referíamos al "anuncio o amenaza de responsabilidad disciplinaria", para exigir algo más que una genérica posibilidad; también en el del notario este riesgo de responsabilidad civil debe ser actual y no meramente abstracto.

"Sin perjuicio de que nos pueda parecer muy estricta la exigencia legal para impugnar la resolución de la DGRN, no nos cabe duda de que esa es la voluntad de la ley. Por eso, mientras no se modifique la norma (párrafo 4 del art. 328 LH) y se amplíe la legitimación de los notarios y registradores para impugnar las resoluciones de la DGRN, debemos ajustarnos a esa exigencia legal".

3. Lo anterior muestra cómo la ratio de la norma (art. 328.IV LH) es restringir la legitimación para impugnar las resoluciones de la DGRN a los directamente interesados ("ordinariamente, los titulares de derechos que pretendían acceder al registro") y entender que estos pueden serlo también el notario autorizante del título y el registrador que califica solo "cuando la misma -la resolución-afecte a un derecho o interés del que sean titulares".

La expresa exclusión del Colegio de Registradores, el Consejo General de Notariado y los colegios notariales, remarca que los intereses que estas entidades o corporaciones representan no justifican la legitimación para impugnar. Y la restricción de la legitimación del notario y el registrador a los casos en que se vieran afectados un derecho o interés propios (en el sentido que lo hemos entendido en anteriores sentencias ya citadas) pone en evidencia que la Asociación de Registradores carece de legitimación para impugnar las resoluciones de la DGRN. Los intereses que representa, en cuanto colectivos de sus asociados, no justifican la legitimación para impugnar. Tan sólo cuando actuara en representación de un concreto interés particular de un asociado, que según la jurisprudencia pudiera entenderse directamente afectado por la resolución de la DGRN, podría reconocérsele legitimación para impugnar. En realidad, en estos casos esa legitimación es la misma que podría reconocerse directamente al registrador que calificó y que encomienda a la asociación que impugne por él.

4. Lo anterior no contraría la previsión contenida en el art. 7.3 LOPJ, invocada en el recurso, sino que se acomoda a ella. Este precepto prevé que, para la defensa de los intereses colectivos, "se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción". Este precepto se complementa con los regímenes legales

general y especiales de legitimación para accionar o impugnar. Con carácter general, el art. 10 LEC atribuye al titular de una relación jurídica u objeto litigioso la legitimación procesal, sin perjuicio de que la ley pueda atribuirle a otra persona distinta del titular.

En nuestro caso, es el art. 328 LH el que atribuye y restringe la legitimación para impugnar las resoluciones de la DGRN en atención a los intereses afectados por la resolución objeto de impugnación. Restringe la legitimación a los titulares de los derechos directamente afectados por la resolución, en los términos antes expuestos, y excluye de esta tutela a los intereses colectivos que pudieran verse afectados por la resolución. Desde el momento en que la ley no atribuye a la tutela de estos intereses colectivos la legitimación activa para impugnar las resoluciones de la DGRN, no se infringe el art. 7.3 LOPJ por el hecho de negarle legitimación activa a la Asociación de Registradores.

5. En este caso, desestimar la demanda por falta de legitimación de la Asociación de Registradores para impugnar una resolución de la DGRN no supone, como denuncia el recurso, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en su vertiente de denegación de acceso a la jurisdicción, en atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esta doctrina viene recogida en la STC 222/2016, de 19 de diciembre:

"constituye doctrina consolidada de este Tribunal que la denegación de una decisión sobre el fondo del asunto tiene relevancia y dimensión constitucional cuando tal inadmisión suponga una interpretación de la legalidad procesal manifiestamente irrazonable, arbitraria o fruto de un error patente, o también, adicionalmente, caso de que lo anterior no fuera apreciado por ser respetuosa con el derecho fundamental la respuesta judicial desde ese plano, cuando las reglas de acceso a la jurisdicción se hayan interpretado de manera rigorista o excesivamente formalista, o de cualquier otro modo que revele una clara desproporción entre los fines que estas reglas preservan y los intereses que sacrifican (por ejemplo, STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5, entre otras muchas)".

La interpretación del art. 328 LH por la que se deniega legitimación activa a la Asociación de Registradores para impugnar una resolución de la DGRN no es manifiestamente irrazonable, sino que responde a la ratio del precepto, como hemos expuesto en los apartados anteriores. Y tampoco puede considerarse rigorista o excesivamente formalista, sino que se acomoda a la finalidad perseguida por la norma de que, "siendo la DGRN el órgano superior jerárquico

común del cual dependen en el ejercicio de su función tanto los notarios como los registradores, no se emplee la impugnación judicial de las resoluciones de la DGRN como cauce para dirimir conflictos institucionales entre los cuerpos notarial y registral" (sentencia 644/2018, de 20 de noviembre)».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 342/2019] DE 13 DE JUNIO DE 2019 [Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán]

*El pago de intereses de demora que procede en caso de incumplimiento de la obligación de entrega de una cantidad de dinero tiene un carácter indemnizatorio y por ello se deben desde que se reclaman.*

«La cuestión jurídica que se plantea es desde cuándo se deben los intereses de la cantidad que debe abonarse en caso de incumplimiento contractual. Frente al criterio de la sentencia recurrida, la sala reitera el criterio de que los intereses de la cantidad que debe abonarse como indemnización de daños se devengan desde la interpelación judicial.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. - D. Arsenio adquirió, el 5 de agosto de 2010, el 2 de diciembre de 2010 y el 14 de setiembre de 2011, participaciones preferentes por un valor total de 37.000 euros y, después del canje de los títulos por acciones, las vendió al Fondo de Garantía de Depósitos por 12.314,90 euros, cantidad que cobró el 19 de julio de 2013. A lo largo de la vida de los títulos había percibido 5.561,61 euros en concepto de rendimientos.

2.- El 1 de diciembre de 2014, D. Arsenio interpuso demanda por la que solicitaba se declarase el incumplimiento por parte de la entidad financiera de sus obligaciones legales en relación con la comercialización de las participaciones preferentes y que se le condenara a abonarle la cantidad de 24.685,10 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Subsidiariamente, para el supuesto de que se considerara que de esa cantidad debían restarse los rendimientos percibidos, solicitó que la indemnización se incrementara con el interés legal sobre las cantidades invertidas desde la fecha de cada compra hasta el 19 de julio de 2013 y, desde esa fecha hasta que recupere todas las cantidades invertidas, el interés de la cantidad recuperada.

3.- El juzgado estimó la demanda y condenó a la demandada a abonar al actor la cantidad de 24.685,10 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios, más los intereses legales del art. 576 LEC.

4.- La demandada interpuso recurso de apelación y, por lo que interesa ahora, solicitó que, en caso de reconocerse el derecho de la parte actora a cobrar una indemnización, que se descontara los rendimientos que había obtenido durante los años de tenencia del producto.

La demandante no impugnó la sentencia porque le resultó favorable y, al oponerse al recurso de apelación, reiteró su petición de que si se descontaban los rendimientos se sumaran los intereses en los términos que ya se ha dicho.

5.- La Audiencia estimó en parte el recurso de apelación y declaró que debían descontarse los rendimientos percibidos por el demandante, condenando a la demandada a abonar 19.123,49 euros "más el interés legal desde la interposición de la fecha de las adquisiciones de esos productos financieros".

6.- La demandada interpone recurso de casación. Recurso de casación.

1.- Motivo y razones del recurso de casación.

El error de redacción del fallo de la sentencia, que tanto habla de la interposición como de la fecha de adquisición, debe salvarse, como hace la demandada recurrente, considerando que se condena a abonar los intereses desde la adquisición de los productos. Así lo entiende la demandada recurrente en su recurso de casación, en el que denuncia infracción de los arts. 1101 y 1108 CC. En el recurso se solicita que se revoque la sentencia en el sentido de fijar que los intereses se devengan desde la fecha de la interpelación judicial y no desde la fecha de la contratación de los productos, lo que sería consecuencia, argumenta, de la restitución propia de la nulidad contractual conforme al art. 1303 CC, pero no de la acción ejercida y estimada.

El recurso va a ser estimado.

2.- Decisión de la sala. Estimación del recurso.

La acción ejercitada y estimada es la de responsabilidad por incumplimiento contractual y se condena a abonar una suma de dinero en concepto de indemnización por los daños sufridos. El daño causado viene determinado por el valor de la inversión menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes. De tal forma que la indemnización deberá alcanzar la cifra resultante de esta operación y los intereses legales devengados por esta suma desde la interpelación judicial.

El pago de intereses de demora que procede en caso de incumplimiento de la obligación de entrega de una cantidad de dinero tiene un carácter indemnizatorio y

por ello se deben desde que se reclaman (art. 1108 CC).

Así lo ha entendido sin fisuras y con normalidad la jurisprudencia al aplicar los arts. 1101 y 1108 CC (de manera expresa, la sentencia, 1201/1994, de 30 de diciembre, destaca que uno de los principales efectos de derecho material de la presentación de la demanda es la constitución en mora del deudor conforme al art. 1100 CC). De manera específica, en supuestos de contratos semejantes al litigioso, las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre, 549/2018, de 5 de octubre, 143/2019, de 6 de marzo, 228/2019, de 11 de abril, y 249/2019, de 6 de mayo, cifran el daño en lo pagado menos lo recuperado con el interés legal de esa suma desde que se intima la mora (art. 1108 CC).

De forma equivocada, como si se tratara del efecto propio de la nulidad del negocio, la sentencia recurrida aplica los intereses legales a la cantidad invertida desde la fecha de la inversión. En consecuencia, la sentencia infringe los arts. 1101 y 1108 CC y debe ser casada en el sentido de modificar su fallo en el único sentido de declarar que la parte actora debe indemnizar en la cantidad de 19.123,49 euros más los intereses legales devengados por esta suma desde la interpelación judicial».

### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 344/2019] DE 14 DE JUNIO DE 2019 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]**

*Actos continuados de competencia desleal: determinación del dies a quo del plazo de prescripción extintiva de las acciones.*

«La entidad Nacional Diez Horas S.L., empresa constituida, el 13 de julio de 1990, para el transporte en todas sus formas y manifestaciones, en particular la actividad de mensajería, así como para la comercialización y desarrollo de marcas comerciales, tenía cedida la explotación y desarrollo de la marca "Organización Halcourier", dedicada al transporte nacional, internacional y mensajería local. Fruto de esta cesión, Nacional Diez Horas S.L. había desarrollado un sistema "Know How" con una implantación nacional para desarrollar sus actividades de transporte. En el marco de esta actividad, las sociedades demandadas, a excepción de Envialia World S.L, estaban integradas en la organización "Halcourier" en virtud de acuerdos de colaboración, en exclusiva, con sujeción a las obligaciones contractuales previstas en los manuales operativos de dicha organización que prohibía, entre otros extremos,

la asociación directa o indirecta con otra empresa o red de transporte.

Durante la vigencia de dichos acuerdos de colaboración las sociedades demandadas, a partir del 11 de enero de 2002, comunicaron a Nacional Diez Horas S.L. la finalización de su relación comercial, con base en su oposición a la renovación de los contratos de franquicia que se habían presentado.

El 31 de octubre de 2001, las entidades demandadas constituyeron la citada sociedad Envialia World S.L., con idéntica actividad económica.

3. En este contexto, Nacional Diez Horas S.L. presentó una demanda contra dichas sociedades en la que ejercitaba acciones acumuladas sobre competencia desleal y resoluciones de contratos sin causa. Con la denuncia de diversos actos de competencia desleal (arts. 5, 7, 9, 12, 13 y 14 LCD) y con la solicitud de que se declarasen dichos comportamientos desleales, la condena a su cese, y a la indemnización, solidaria e indistinta, de 1.288.205 €, más 30.000 € por daño moral, así como la resolución injustificada de los contratos y la condena a los daños y servicios que se detallaban en el suplico de la demanda.

Las entidades demandadas se opusieron a la demanda alegando, entre otros extremos, la prescripción de la acción ejercitada.

4. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que la acción ejercitada estaba prescrita.

5. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia lo desestimó y confirmó la sentencia de primera instancia. En síntesis, tras considerar que en el presente caso no resultaba de aplicación la doctrina de competencia desleal de "duración continuada", fundamento de derecho cuarto, declaró la prescripción de la acción en los siguientes términos:

"[...] El legitimado (en este caso, la actora Nacional Diez Horas, S.L.) tuvo conocimiento de la realización del acto de competencia desleal un año antes de la fecha de presentación de la demanda en el Juzgado que tuvo lugar el día 14 de enero de 2003. Ello es así por los argumentos que a continuación se exponen:

"1) En el Hecho Decimoprimeros de la demanda, la actora indica que "como datos indiciarios para acreditar la actuación desleal de los demandados

desde octubre de 2001, aportamos las comunicaciones cruzadas entre las partes..." Por tanto, conocía la actuación desleal de los demandados desde octubre de 2001, fecha en la que pudo ejercitar la acción.

"2) El Letrado de la actora reconoce en el Hecho Decimosegundo de la demanda (folio 12 de los autos) que "había llegado a conocimiento de mi representada, a comienzos del año 2001, que algunas de las demandadas estaban desviando servicios a una nave comercial sita en esta capital, Polígono Industrial, Fin de Semana n.º 11 y 13, y para comprobar la veracidad de la información mi mandante encargó a Detectives "Mira" que hiciera las oportunas averiguaciones".

"En definitiva, si bien es cierto que el informe de Detectives Mira está fechado el día 16 de enero de 2002 (documento 76 de la demanda), no es menos cierto que el informe se encargó por la actora a los detectives tardíamente, hecho que es imputable a su propia desidia por cuanto tuvo conocimiento mucho antes de la existencia de desvío de servicios de referencia y, sin embargo, no fue diligente a la hora de actuar para intentar acreditar esta circunstancia de manera pronta a los efectos de que no transcurriera el plazo prescriptivo, nave ésta que después, a tenor de lo que reflejan las fotografías de fecha 10 de enero de 2002 que la propia actora entregó a un Notario para que levantara un acta de presencia (acta obrante como documento 77 de la demanda), había cambiado el rótulo de "Halcourier" por el de "Envialia", luego ya operaban las demandadas desde hacía más de un año en el mercado con el nombre de "Envialia", sabiéndolo la demandante y dejando transcurrir el año para el preceptivo ejercicio de la acción.

"3) Por otro lado, la entidad "Envialia World S.L", desde el día 14 de diciembre de 2001 constaba inscrita en el Registro Mercantil, con publicidad y efectos frente a terceros y conocimientos de quienes lo fundaban e integraban (certificación del Registro Mercantil de Madrid que se presenta como documento n.º 89 de la demanda).

"4) Por último, la parte actora reconoce en el Hecho Decimosexto de la demanda que "Envialia" concurre en clara competencia desleal desde el día 31 de octubre de 2001 (folio 15 de los autos), sin que esté de más indicar que las resoluciones contractuales a las que hace referencia la actora y que se produjeron a instancia de las demandadas se comunicaron mediante varios burofax fechados el día 11 de enero

de 2002, según se refleja en los documentos que se aportan a los autos.

"En consecuencia, dado que la propia demandante reconoce haber tenido conocimiento, desde comienzos del año 2001, de los primeros actos conocidos de la actuación de deslealtad por parte de las demandadas en el mercado y teniendo en cuenta que la inscripción de la nueva sociedad "Envialia" tuvo lugar en el Registro Mercantil de Madrid el día 14 diciembre de 2001, estos días son los que deben computarse a los efectos de calcular el inicio del plazo prescriptivo. En consecuencia, como sucedió que la demanda, según hemos indicado reiteradamente, fue presentada en el Juzgado en fecha 14 de enero de 2003, es claro que la acción ejercitada por la entidad demandante "Nacional Diez Horas, S.L." ya habría prescrito, al haber transcurrido el plazo de 1 año al que se refiere el artículo 21 de la LCD".

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

Recurso extraordinario por infracción procesal.

1. La recurrente interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en un único motivo.

En dicho motivo, al amparo del ordinal 2.º y 4.º del art. 469.1 LEC, infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, y vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, la recurrente denuncia la infracción del art. 326 LEC, en relación con el art. 218.2 del mismo texto legal.

En el desarrollo del motivo, la recurrente sustenta que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta determinados hechos contenidos en la prueba practicada y ha basado su decisión, de forma errónea, en el conocimiento que tuvo la demandante de la realización del acto de competencia desleal a partir de las comunicaciones cruzadas entre las partes desde octubre de 2001. Sin tener en cuenta que el acto de competencia desleal que se denuncia tiene un claro carácter continuado.

2. El motivo debe ser desestimado por diversas razones. En primer lugar, la recurrente denuncia, en un único motivo, infracciones de distinta índole que deberían haber sido formuladas en motivos separados.

En segundo lugar, en contra de lo alegado por la recurrente, la sentencia recurrida alcanza la conclusión, acerca del conocimiento del acto desleal por la demandante, desde la valoración conjunta de la prueba practicada, y no solo de las comunicaciones cruzadas entre las partes. Por último, la recurrente, en el motivo formulado, pretende una revisión de la prueba practicada para sustentar una calificación jurídica, propia del recurso de casación, cual es, que la acción ejercitada no estaba prescrita por el carácter continuado del acto de competencia desleal.

Recurso de casación.

Primer y segundo motivos de casación. Prescripción de las acciones de competencia desleal.

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción del antiguo art. 21 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en lo sucesivo, LCD) -actual art. 35 LCD -. En este motivo, considera la parte recurrente que no se trató de un acto instantáneo o aislado, sino continuado y contradice las SSTs de 16 de julio de 2000, 18 de enero de 2009, 28 de marzo de 2011 y 21 de enero de 2009, que establecen que cuando se trata de actos de competencia desleal de duración continuada la prescripción de las acciones prevista en el art. 21 LCD no comienza a contar hasta la finalización de la conducta ilícita.

En resumen, alega la parte que Envialia World S.L. fue el instrumento utilizado por los demandados para cometer la infracción, por lo que todos los hechos preparatorios de su constitución como sociedad, resolución de los contratos, grandes deudas asumidas, inducción a los franquiciados para que abandonaran la red y actos de desprestigio, deben ser considerados como actos unidos por una conexión continuada, a causa de su homogeneidad y por estar inspirados por una intención unitaria.

2.- El segundo motivo del recurso de casación también denuncia la infracción del art. 21 (actual 35) LCD. Argumenta que el comienzo del plazo de prescripción no tiene lugar hasta que no se conozca la existencia del acto de competencia desleal y su autoría.

Las distintas sociedades que se fueron creando para competir con la actora lo fueron en diferentes fechas, que fueron desde el 18 de octubre de 1991 hasta el 20 de enero de 1995, y lo hicieron sin comunicación alguna a Nacional 10 Horas S.L. y mucho menos se dijo de la existencia de Envialia. Fue el 11 de enero de 2002 cuando casi todas las demandadas mandaron los

buro faxes en que comunicaban la resolución contractual. Además, el plazo de prescripción es diferente para cada conducta, por lo que no puede tener un tratamiento unitario.

3.- Los dos primeros motivos de casación deben ser estimados, por las razones que expondremos a continuación.

Según el art. 21 LCD, en la redacción vigente cuando ocurrieron los hechos y se interpuso la demanda:

"Las acciones de competencia desleal prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la realización del acto". Los mencionados plazos de uno y tres años son recíprocamente excluyentes, y no sucesivos: una vez que el posible actor ha tenido conocimiento de la realización del acto de competencia desleal y de su autor, ya no es posible apreciar la prescripción de la acción de competencia desleal en atención al momento de realización del acto de competencia desleal, de forma que transcurrido un año desde el momento en que se pudo ejercitar la acción y se tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal prescribe la acción aunque no hayan transcurrido todavía tres años desde el momento de realización del acto de competencia desleal, y viceversa: una vez agotado este plazo de tres años prescribe la acción de competencia desleal aun cuando no haya pasado todavía un año desde el momento en que se pudo ejercitar y se conoció la persona que realizó el acto de competencia desleal.

El plazo de prescripción empieza a contarse: (i) si se trata de un acto instantáneo, desde que se produce y se conoce al autor; (ii) si se trata de un acto duradero, cuando ha acabado el acto; y (iii) en el caso de la acción de indemnización de daños y perjuicios, desde que se produce el perjuicio.

Así, cada acto de competencia desleal funda una nueva acción de competencia desleal, sometida a un plazo de prescripción propio, diferente de aquél al que están sometidas las acciones que pudieren haber nacido.

4.- En este caso, en la demanda se ejercitan distintas acciones de competencia desleal, tanto por concretos ilícitos concurrentes tipificados en la LCD -actos de engaño, actos de denigración, aprovechamiento



indebido del esfuerzo ajeno, violación de secretos, e inducción a la infracción contractual- como por infracción de la cláusula general de buena fe. Por lo que no puede partirse, como hace la sentencia recurrida, de una única fecha, como si todos los actos hubieran tenido lugar simultáneamente.

Por el contrario, el examen de la documentación aportada con la demanda arroja los siguientes resultados sobre los días en que, respecto de cada infracción, pudo ejercitarse la acción (art. 1969 CC):

- Respecto de la infracción de la regla o cláusula general de la buena fe del antiguo art. 5 LCD, el plazo no pudo comenzar a contar hasta la fecha de recepción de los buro faxes y la identificación de sus autores, lo que tuvo lugar el 22 de febrero de 2002.

- En cuanto a la infracción por actos de engaño (art. 5 LCD antiguo), el dies a quo debe ser el 14 de febrero de 2002, cuando se publicó en el Diario de Burgos un publirreportaje que promocionaba que Envialia actuaba como empresa de transporte a nivel nacional desde el 11 de enero de ese año, pero contaba con experiencia de años. Acto publicitario en que la demandante residencia la actividad engañosa.

- Para la infracción del art. 9 LCD, actos de denigración, el día inicial fue el 13 de febrero de 2002, cuando Sercorbur mandó a sus clientes una carta en la que decía que Envialia había surgido por el descontento general de los anteriores componentes de Hal Courier.

- Respecto a la infracción de los arts. 11 y 12 LCD, aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, como según se imputa en la demanda, se utilizaban albaranes casi idénticos y el manual operativo era copiado, el día inicial no pudo ser anterior al del comienzo de las actividades de Envialia, es decir, 14 de enero de 2002.

- En cuanto a la infracción del art. 13 LCD, violación de secretos, dicha violación se habría producido, según la demanda, desde la fecha del manual operativo, que fue el 16 de mayo de 2002.

- Y, por último, respecto a la infracción del art. 14 LCD, inducción a la infracción contractual, no pudo iniciarse el plazo hasta el 27 de agosto de 2002, en que se envió el último de los burofaxes de resolución contractual, en este caso, por parte de Global Mensures S.L.

5.- En consecuencia, como la demanda se presentó el 14 de enero de 2003, respecto de ninguna de las

acciones ejercitadas, tomando en consideración los días iniciales indicados en el apartado anterior, había transcurrido el plazo de un año previsto normativamente.

Devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial.

Según el artículo 487.2º LEC, si se tratare de los recursos de casación previstos en los números 1.º y 2.º del apartado 2 del artículo 477, la sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida. Estimándose fundado el recurso, procede, en consecuencia, casar la sentencia recurrida.

Ahora bien, la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia impugnada no determina en este caso que la Sala resuelva sobre el fondo de la reclamación planteada en la demanda. Al apreciarse en ambas instancias la prescripción de las acciones ejercitadas en la demanda, ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación valoraron la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa y, lógicamente, tampoco la han enjuiciado en derecho. Falta, por tanto, y de un modo absoluto, el juicio de hecho y de derecho sobre la materia objeto del proceso. De ahí que, no siendo en absoluto la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, y no habiendo sido estas enjuiciadas, en puridad, por ninguna instancia, el pronunciamiento de esta Sala deba limitarse, como autoriza el artículo 487.2 LEC, a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia que no podrá ya apreciar la prescripción de las acciones ejercitadas en la demanda, solución ya adoptada por la sentencia de pleno de 29 de abril de 2009».