

Jurisprudencia

Reseña judicial e-Dictum

SENTENCIA 1218/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO, CIVIL, DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2023

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes y hechos acreditados en la instancia:

1.º) Barclays Bank PLC (demandante), es un banco de nacionalidad inglesa domiciliada en Londres, y Petromiralles 3 S.L. (demandada) es una sociedad de nacionalidad española dedicada a la distribución y comercialización del petróleo. La primera reclama en su demanda a la segunda la suma de 1.340.356,71 euros, en concepto de responsabilidad de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de los contratos litigiosos, es decir: (i) el "Terms of Business for Professionals Clientes" (o "Términos de Contratación para Clientes Profesionales", según la traducción oficial aportada a las actuaciones, y denominado por la sentencia recurrida como "Contrato Marco"); y (ii) dos operaciones de derivados o coberturas de divisas euro/dólar denominados "acumuladores".

2.º) A finales de 2007, la demandada empezó a pagar en dólares USA los combustibles que importaba para su comercialización, a pesar de que a sus clientes se los vendía en euros, generando un riesgo de que el tipo de cambio dólar/euro variase significativamente.

3.º) En el contexto de esa actividad comercial, Petromiralles 3 SL empezó a comprar dólares a través de diferentes bancos (a principios de 2008 compraba unos 20 millones de dólares al mes) y a contratar diferentes productos para protegerse de este riesgo; primero, los seguros de cambio o forwards (que permiten fijar con antelación el tipo de cambio al que se realizará una compra futura de divisas).

4.º) A principios de 2008, el Sr. Carmelo (empleado de Barclays, encargado de la relación con el cliente) contactó con la ahora demandada, y la puso en contacto con su división de banca de inversión, Barclay's Capital; Petromiralles estaba tratando de buscar productos alternativos a los forwards y Barclay's Capital le expuso diversas opciones; en el curso de esas relaciones se hicieron diversas reuniones, se entregaron informes y presentaciones, llegándose a la conclusión de que lo que mejor se adaptaba a las necesidades de la ahora demandada eran los llamados "acumuladores" (sin embargo, se advertía de una probable apreciación del dólar para 2008 y que el tipo de cambio estaba en máxima volatilidad, y que la presentación del producto no revelaba todos los riesgos y se pedía a los potenciales clientes que se aseguraran que comprendían el funcionamiento del producto); Petromiralles solicitó más detalles y Barclay's Capital les envió más información mediante una serie de correos a tal efecto. Según la actora, era Barclays Bank quién hacía la propuesta a través de Barclay's Capital.

5.º) Sobre las características del producto y el proceso de su contratación: según las explicaciones de la actora, de las que parte la

Audiencia, los "acumuladores" son derivados financieros (cuyo activo subyacente pueden ser acciones, índices bursátiles, valores de renta fija, tipos de interés, materias primas o, como en este caso, divisas) a través de los cuales (en este caso) las partes se comprometen a comprar y vender, respectivamente, dólares en el futuro a un precio prefijado, lo que supone una protección ante posibles apreciaciones del dólar y tenían que permitir a la ahora demandada obtener un mejor precio que el que podría obtener mediante un seguro de cambio.

Petromiralles iría acumulando el compromiso a comprar un número determinado de dólares a un tipo prefijado por cada día que el tipo de cambio euro/dólar estuviera dentro del rango de acumulación establecido; y los días en que no lo estuviera, no se acumularían los dólares de aquel día; el tipo de cambio a tener en cuenta era siempre el oficial publicado diariamente a las 2:15 p.m. por el Banco Central Europeo. Al llegar el vencimiento del producto, se liquidaba y se entregaba al cliente la divisa acumulada.

Sobre la operativa de la contratación: estos productos se contratan por teléfono o correo electrónico, dada la variabilidad de los precios objeto de los mismos (una divisa puede cambiar un 2% en una hora de media), y por ello entre profesionales no suele haber un acuerdo previo escrito para cada operación. Por ese motivo se realizan contratos marco. En este caso, el contrato marco para clientes como Petromiralles está elaborado - "en gran medida" - en base al contrato marco estándar fijado por la "Asociación de Futuros y Opciones" con sede en Londres y se denomina "Términos de contratación para clientes profesionales" ("Terms of Business for Professional Clients", en el original inglés).

6.º) El 24 de enero de 2008, la actora envió a Petromiralles el Contrato Marco (redactado en inglés) mediante un correo electrónico (remitido por Carmelo - Barclays - a Felicísima - Petromiralles -).

El texto del citado correo (encabezado por el asunto "Condiciones de operativa y futuros") era el siguiente:

"Buenos días Felicísima,

"Según lo comentado, adjunto contrato global que define el marco de relación de Barclays con sus clientes de coberturas. Como ya he anticipado, es un archivo de un tamaño importante, que os sirve para tener en todo momento una referencia de los derechos que os asisten a la hora de contratar cualquier tipo de opción y/o futuro con Barclays. Es una normativa internacional, luego esos derechos son - lógicamente - los mismos que tenéis con cualquier otra entidad con la que trabajéis.

"Si queréis comentarlo con nosotros estamos a vuestra disposición.

"Estos son nuestros datos" [a continuación figuran los datos del remitente - a cuyo pie se menciona la entidad Barclays Capital, con domicilio en Madrid, Plaza Colón, 1 -, y los de Fernando - a cuyo pie se menciona la entidad Blarclays Bank, con domicilio en Barcelona, Rbla Catalunya, 57 -]

El citado "Terms of Business" (contrato marco) presenta, entre otras, las siguientes características:

(i) en la carátula aparece la mención "Barclays Capital";

(ii) después del índice del contenido y antes de la parte articulada - condiciones -, se incluye una leyenda con el siguiente contenido:

"Proyecto de documentación estandarizada de la Asociación de Futuros y Opciones:

"Barclays Capital, la división de banca de inversión de Barclays Bank PLC, es socio de la Asociación inglesa de Futuros y Opciones (FOA, por sus siglas en inglés). Por ello, nuestras Condiciones de Contratación se basan en gran medida, y reflejan el mismo orden relativo a los módulos dispuestos en las Condiciones de Contratación Estándar de la FOA para Clientes profesionales (versión julio de 2007)" [énfasis en negrita en el original];

(iii) En el encabezamiento se menciona como entidades contratantes a: (a) una parte indeterminada ("usted") y (b) otra determinada por su denominación (Barclays Bank PLC y Barclays Capital Securities Limited); después, en el denominado "Módulo D", apartado 20.2, se menciona como dirección de comunicaciones respecto de Barclays Bank PLC un domicilio en Londres (Reino Unido) y un número de fax que comienza por el código/prefijo "+44", y respecto de la contraparte figuran en blanco tanto la dirección postal como en número de fax;

(iv) En ninguna parte del documento se mencionan los datos de los respectivos representantes legales que actúen en nombre y por cuenta de los contratantes, ni sus respectivos datos registrales. Al pie del documento, en letra de pequeño tamaño, figuran estos datos:

"Barclays Bank PLC. Registered in England NUM000. Registered office: 1 Churchill Place, London E14 5HP, United Kingdom. Authorised and regulated by the Financial Services Authority. Barclays Bank PLC undertakes U.S. securities and commodities futures and options business in the name of its wholly - owned subsidiary Barclays Capital, Inc., an SIPC (for securities), NASD and NFA member.

"Barclays Capital Securities Limited. Registered in England NUM001. Registered

office: 1 Churchill Place, London E14 5 HP, United Kingdom. Authorised and regulated by the Financial Services Authority".

(v) El documento no está fechado, ni contiene firma, rúbrica o sello alguno en ninguna de sus páginas.

(vi) En cuanto a su contenido, resultan relevantes las siguientes cláusulas o apartados:

"16. NETTING

"16.1 Rights on Default : On the occurrence of an Event of Default, we may exercise our rights under this Clause, except that, if sub-Clause 16.14 applies, in the case of the occurrence of any Event of Default specified in paragraphs (b) or (c) of the definition of Events of Default (each a "Bankruptcy Default"), the automatic termination provision of this Clause shall apply.

"16.2 Liquidation Date: Subject to the following sub-Clause, at any time following the occurrence of an Event of Default, we may, by notice to you, specify a date (the "Liquidation Date") for the termination and liquidation of Transactions in accordance with this Clause,

"16.6 Other transactions: Where termination and liquidation occurs in accordance with this Clause, we shall also be entitled, at our discretion, to terminate and liquidate, in accordance with the provisions of this Clause, any other transactions entered into between us which are then outstanding".

[Texto según la traducción aportada a las actuaciones:

"16. COMPENSACIÓN

"16.1 Derechos por incumplimiento . Tras la aparición de un caso de incumplimiento, podremos ejercer nuestros derechos en virtud de la presente Cláusula, salvo que, si se

aplicara la subcláusula 16.14, en el caso de aparición de un Caso de incumplimiento especificado en los apartados (b) o (c) de la definición de Caso de incumplimiento (un "incumplimiento por quiebra"), se aplicará la disposición de resolución automática establecida en la presente Cláusula.

"16.2. Fase de liquidación . Con sujeción a la siguiente subcláusula, tras la aparición de un Caso de incumplimiento, podremos en cualquier momento, mediante comunicación remitida a usted, especificar una fecha (la "Fecha de liquidación") solicitando la resolución y liquidación de Operaciones de conformidad con la presente cláusula.

"16.6. Otras operaciones . En caso de que se produjera la resolución o liquidación de acuerdo con lo dispuesto en la presente Cláusula, tendremos derecho también, a nuestra discreción, a resolver y liquidar, de conformidad con las disposiciones de la presente Cláusula, cualesquiera otras operaciones suscritas entre nosotros que permanezcan pendientes en ese momento".]

7.º) A lo largo de enero y febrero de 2008 hubo conversaciones telefónicas e intercambio de correos y una reunión entre las partes para concretar las condiciones. También se remitieron presentaciones e informes sobre el producto y se incorporaron las modificaciones sugeridas por el cliente. El 14 de febrero de 2008, Petromiralles (Adriana) remitió por correo electrónico (dirigido a Fernando, Carmelo, Barclays) la orden de cerrar la operación cuando el tipo de cambio euro/dólar estuviera a 1,4850; y el 22 de febrero de 2008 se envió la confirmación (correo de Felicísima a Carmelo), se solicitó cancelar la cuenta a nombre de Petromiralles, abrir una nueva a nombre de Petromiralles 3 SL, y se indicó que la operación de acumulador se realizaba a nombre de Petromiralles 3 SL con destino a la cuenta de Willoil. El texto

literal del citado correo remitido por la Sra. Adriana el 14 de febrero de 2008 era el siguiente:

"CONFIRMAMOS EL CIERRE DE LA COBERTURA QUE SE ADJUNTA CUANDO LLEGUE AL NIVEL DE 1,4850 y se puedan conseguir niveles de acumulación de 1,50 para el primer semestre y de 1,53 para el segundo semestre, con el compromiso por parte de Barclays de que si en algún momento durante el año esta cobertura resultara ser muy mala para los intereses de Petromiralles y Willoil, Barclays replantearía una nueva cobertura para contrarrestar los efectos negativos de la presente y beneficiar los intereses de Petromiralles y Willoil.

"El nominal será de 100.000.000 USD repartidos entre 50.000.000 USD para el primer semestre y 50.000.000 USD para el segundo semestre". [énfasis en negrita añadido]

Este correo era contestación a otro de Barclays (Fernando), fechado el 12 de febrero inmediato anterior, en el que se anunciaba que "os enviamos la propuesta de Cobertura EURUSD que venimos estudiando", y se indicaba que "si estáis de acuerdo con estos niveles de cobertura podéis contestarnos a este email confirmando la Orden de cierre de la Cobertura e introduciríamos la orden en el sistema para que, si en algún momento desde ahora hasta el 10 de marzo EURUSD alcanza 1.4850, la cobertura se cierre automáticamente". Y el correo se cierra con esta recomendación:

"Aunque actualmente el EURUSD está en 1.4508, os recomendamos que dejéis la orden a 1.4850 ya que si se ejecutara sería una opción de Cobertura muy atractiva para Petromiralles".

El 22 de febrero de 2008, Fernando contestó con otro correo y adjuntó el ajuste que se hizo

aquella mañana a 1,480; se trata según el propio documento de una "pre-confirmación" de la cobertura.

8.º) De manera que el primer acumulador era de fecha 22 de febrero de 2008, con un notional de 50 millones de dólares, vencimiento 22 de febrero de 2008, tipo de cambio o forward 1,5 USD/1€, barrera 1,450 USD/1€; el segundo, con vencimiento el 24 de febrero de 2008, tenía un forward de 1,530 y barrera de 1,450. En el primer caso, por cada día que el tipo de cambio superase 1,45 dólares/€ se acumularía para las partes la obligación recíproca de compra y venta de 396.825,39 dólares a un precio prefijado de 1,50 dólares/e a fecha de vencimiento; máximo acumulable 50 millones. En segundo caso, la obligación era de comprar 387.596,90 dólares a precio fijo de 1,53 dólares/€ a fecha del vencimiento. Y en los dos casos, el día que no se llegase a los 1,45 dólares/€ no se acumulaba ninguna obligación recíproca.

Se acompaña a la demanda una tabla con los forwards y los estructurados comprados (más de 133'77 millones de dólares en un mes), todo por teléfono, correo o fax. Se acompañan también transcripciones de operaciones telefónicas hechas con las Sras. Adriana y Felicísima, directora del departamento financiero y de compras del Grupo Petromiralles y empleada respectivamente.

9.º) Después del 22 de febrero de 2008 (día en que el dólar llegó a 1,45850/€), la cotización empezó a evolucionar desfavorablemente para la ahora demandada al devaluarse el dólar (en menos de un mes pasó de 1,4848 a 1,577, casi un 10%).

10.º) Petromiralles no firmó las confirmaciones. El 22 de abril de 2008, Barclays, en base a la cláusula 15.ª del "Terms of Business" (conforme a la que rechazar o repudiar cualquier obligación del contrato es

una forma de incumplimiento y da derecho a liquidar la operación), resolvió anticipadamente los contratos mediante burofax, liquidando la deuda de la que resultó un saldo a cargo de la demandada de 1.340.356,71€, una vez compensadas las otras operaciones por las que Barclay's era deudora de la demandada; cuantía cuyo abono requirió y ahora se reclama en este procedimiento, con los intereses legales desde la reclamación extrajudicial (28 de abril de 2008) y costas.

11.º) Petromiralles 3 SL interpuso una querrela criminal en España (previas 325/2008 del Juzgado de Instrucción 4 de Igualada) que fue sobreseída.

2.- Demanda formulada por Barclays ante un tribunal inglés y declinatoria

2.1. Barclays Bank, PLC formuló ante un tribunal inglés (The High Court of Justice Queen's Bench Division, Commercial Court - Tribunal Superior de Justicia, División de los Jueces de la Reina, tribunal mercantil-) una demanda contra Petromiralles 3, S.L. por la que reclamaba "unos 1,34 millones de euros", como "saldo remanente que supuestamente debe el Demandado después de haber compensado la deuda que según el Demandante tiene el Demandado por importe de unos 3,3 millones de euros por operaciones acumulador, como así se denomina el tipo de cobertura de posiciones en divisas".

2.2. Petromiralles planteó una declinatoria por considerar que la competencia para el conocimiento de esa demanda correspondía a los tribunales españoles.

2.3. La sentencia dictada el 15 de octubre de 2008 por el citado tribunal inglés (juez Mackie Qc) - caso judicial n.º 2008-394 -, estimó la declinatoria al entender que la cláusula de sumisión a la jurisdicción de los tribunales ingleses contenida en el referido "Terms of Bussines" (contrato marco) no era vinculante

por no haber sido aceptada por la demandada. Conclusión que el juez inglés razonó así (transcripción de la traducción al castellano aportada a estas actuaciones):

"34. Cuando fueron enviados los Términos [en referencia al "Terms of Bussines"] estaban en inglés, que parece que es un idioma con el que la mayoría de los que están en Petromiralles no están familiarizados y en relación a operaciones, por lo demás, llevadas a cabo en español. Fueron enviados sin previa indicación de qué era lo que se enviaba y de la importancia que iba a tener. Por un motivo que estoy seguro fue accidental y no premeditado, las condiciones fueron enviadas solo al miembro junior del equipo. Aunque es improbable que alguien pudiera considerar que dichos documentos eran material de marketing, cualquiera podría fácilmente haberlos tomado como algo distinto de lo que, tras un análisis cuidadoso y una traducción al español, resultaron ser. Habría sido necesaria una traducción comprensiva del documento de 75 páginas y una detenida consideración del mismo para que dicho documento hubiera significado algo. El documento no requería ningún acuse de recibo o aceptación por parte del cliente. Por supuesto no hay nada malo en eso en un sentido regulatorio, pero es relevante que otras organizaciones o condiciones modelo prevean en ese punto un procedimiento de acuse de recibo. No se hizo referencia a los términos generales y la cláusula de sumisión a jurisdicción en ningún otro documento y parece que nunca fueron mencionados en ninguna reunión o conversación telefónica. Esta no es la esencia del consentimiento.

"35. Incluso si se enfoca la cuestión aplicando los estándares de razonabilidad identificados por el Sr. Arturo, me parece que el demandante fracasa. Pero, por supuesto, el test que debe hacerse es que, aplicando el

estándar de la "apariencia de buen derecho", el demandante demuestre que tiene un argumento mucho mejor el demandado, que, sobre la base del material disponible en este momento, los requisitos del artículo 23 [del Reglamento UE 44/2001] se cumplen, y que se puede establecer clara y precisamente que la cláusula confiriendo jurisdicción al Tribunal era objeto de un acuerdo entre las partes. A mi juicio, a pesar de las hábiles alegaciones del Sr. Arturo, el demandante no ha logrado demostrarlo. Por ello, esta solicitud de declinatoria prospera".

3.- Demanda rectora de este procedimiento; aportación de un "dictamen de expertos" en Derecho inglés

3.1. Barclays Bank PLC presentó una demanda de reclamación de cantidad contra Petromiralles 3 SL, en la que pedía una indemnización de daños y perjuicios de 1.340.356,71 euros, más los intereses legales y las costas originadas. Fundamentó la demanda en el Derecho inglés. Subsidiariamente, invocaba el Derecho español, en concreto la doctrina del factor notorio, para defender que la directora del departamento financiero tenía autoridad suficiente y capacidad para vincular a la empresa demandada cuando cerró los contratos telefónicamente. También invocaba la libertad de forma (art. 51 CCom) para defender la validez del contrato perfeccionado telefónicamente; y los arts. 1255 y 1124 CC para defender la validez de la cláusula de liquidación anticipada.

3.2. Petromiralles 3 SL interpuso declinatoria de falta de competencia objetiva al entender que el conocimiento del tema correspondía a los juzgados mercantiles. Barclays se opuso al tratarse de una reclamación de cantidad. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Igualada, mediante auto de 13 de marzo 2009, estimó la declinatoria; recurrido este

auto en apelación, la Audiencia de Barcelona (sec. 17.^ª), mediante auto de 11 de marzo de 2010, estimó el recurso de la actora y devolvió la competencia al Juzgado a quo.

3.3. La actora aportó un "dictamen de expertos" para demostrar la aplicación y efectos de la normativa inglesa, como pericial, emitido por los profesores McKendrick y Kramer, en el que informan de que, a su juicio:

(i) el correo de la Sra. Adriana de 14 de febrero de 2008 fue una verdadera aceptación de la oferta contractual, acompañada eso sí de una expresión de esperanza de que el banco encontrase la posibilidad de realizar una mejor cobertura si, a lo largo del año, resultase muy perjudicial para Petromiralles y Willoil, pero entienden que no era una condición;

(ii) las condiciones comerciales se adjuntaron o incorporaron a las operaciones de acumuladores según el Derecho inglés (y cita las "autoridades" o jurisprudencia que avalan dicha tesis);

(iii) las confirmaciones enviadas por el Sr. Carmelo a Petromiralles 3 SL los días 10 de marzo de 2008 y 17 de marzo de 2008 - aunque exista ya confirmación el 19 de febrero de 2008 - son cartas con intención de confirmar las condiciones de las operaciones (un CMOF), que nunca fueron firmadas por Petromiralles, no pasaron de ser ofertas de una novación acordada de los contratos vigentes;

(iv) hubo incumplimiento contractual por Petromiralles al negarse a firmar las confirmaciones de los contratos celebrados, lo que da derecho a resolverlos en base a la cláusula 15;

(v) por tanto, concluían que la actora actuó correctamente y que tenía derecho a resolver

el contrato y a compensar deudas, liquidando la relación en base a la cláusula 20.12.

4.- Audiencia previa y acto del juicio oral . La demandada no contestó a la demanda. Posteriormente, el 19 de julio de 2010, tuvo lugar la audiencia previa. En ella la parte actora se ratificó e insistió en la aplicabilidad del Derecho inglés; mientras que la demandada defendió la aplicabilidad de la ley española. Entre otros extremos, la demandada solicitó la validación de facultades de la Sra. Adriana y la Sra. Felicísima como apoderadas de Petromiralles 3 SL en fecha 22 de febrero de 2008; la actora presentó alegaciones en las que reconoció que nunca había tenido los poderes de las Sras. Adriana y Felicísima y por eso había traído a colación la doctrina del "factor notorio".

Tras diversas incidencias procesales, se celebró el acto del juicio oral el 18 de octubre de 2016, en el que tuvieron lugar diversas declaraciones testificales, en los términos detalladamente reseñados en la sentencia impugnada.

5.- Sentencia de primera instancia

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda.

5.1. Primero, considera aplicable al caso el Derecho español, coincidiendo con el criterio del Tribunal Comercial del High Court inglés porque: (i) no considera que la cláusula de sumisión al Derecho inglés que figura en el Contrato Marco "Términos de contratación para Clientes Profesionales", sin una cuidada traducción, haya sido aceptada; (ii) los tratos preliminares se hicieron en castellano, sin que nadie invocase el Derecho inglés; (iii) considera que Adriana y Felicísima no sabían inglés; (iv) destaca el hecho de que el contrato marco se les remitió íntegra y exclusivamente en inglés; y (iv) razona que, conforme al Convenio de Roma de 19 de mayo de 1980,

primero hay que saber si el contrato litigioso es existente y válido (art. 8) para saber si la ley derivada del mismo sería aplicable, lo que resuelve en sentido negativo.

5.2. A continuación, tras valorar la documentación aportada, concluye que Petromiralles 3 SL efectivamente habría contratado los forward (lo prueba la confirmación de la operación de 18 de febrero de 2008 firmada por el empleado Indalecio); pero, respecto a los "acumuladores", aunque la actora sostiene que se perfeccionó por teléfono o correo electrónico, como permite el contrato marco (módulo D, operación, punto 5, instrucciones y bases de operación), considera que no hay prueba de tal consentimiento (por lo que faltan los requisitos de los arts. 1254 y 1261 CC). Apoya esa conclusión en que (i) se envió el contrato marco en inglés, y (ii) las dos empleadas de Petromiralles (Sras. Adriana y Felicísima) desconocían que el doc. 35 de la demanda (correo) fuera acompañado de un verdadero contrato.

5.3. Después analiza la cuestión de si se puede considerar que se confirmó dicho contrato mediante el correo enviado por la demandada el 14 de febrero de 2008, donde se dice:

"confirmamos el cierre de la cobertura que se adjunta cuando llegue al nivel de 1,480 y se puedan conseguir niveles de acumulación de 1,50 para el primer semestre y de 1,53 para el segundo semestre, con el compromiso por parte de Barclay's de que si en algún momento durante el año esta cobertura resultara muy mala para los intereses de Petromiralles y Willoil, Barclay's replantearía una nueva cobertura para contrarrestar los efectos negativos de la presente y beneficiar a los intereses de Petromiralles y Willoil. El nominal será de 100.000.000 USD repartidos entre 50.000.000 USD para el primer semestre y 50.000.000 USD para el segundo semestre".

Cuestión que resuelve también en sentido negativo a la vista de los correos posteriores: (i) el de 22 de febrero de 2008 donde se dice "adjunto los detalles de la cobertura de EUR/USD que pudimos cerrar esta mañana a 1,4850...", sobre cuya base la actora entiende que se había cerrado la cobertura contratada, al haber llegado a 1,4850 el tipo de cambio; y el de 10 de marzo de 2008, donde Carmelo les envía las confirmaciones por escrito de diferentes productos, incluidos los acumuladores, en concreto dos, el acumulador de 22 de febrero de 2008 y uno de forward de 18 de febrero de 2008; la sentencia entiende que como Petromiralles no firmó las confirmaciones relativas a los acumuladores y sí las relativas los forwards, no resultan acreditados el cierre de los contratos sobre cuya base se reclama en este litigio. Añade que en el juicio las Sras. Adriana y Felicísima declararon que les daba miedo ese producto, que por eso lo condicionaron a que se ofreciese un seguro de cambio o garantía que contrarrestase los posibles efectos negativos del mercado. Considera tales declaraciones coherentes con el contenido del correo (doc. 36) que no interpreta como orden definitiva, ya que se condiciona a un compromiso por la actora que no se ha acreditado. Y concluye que, al haberse incumplido esa condición, el contrato resultó ineficaz.

En consecuencia, sin entrar a valorar el tema indemnizatorio, desestima la demanda.

6.- Barclays interpuso recurso de apelación y Petromiralles impugnó la sentencia de primera instancia.

7.- Sentencia de apelación

7.1. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de Barclays y desestimó la impugnación de Petromiralles. En consecuencia, revocó la sentencia de primera

instancia, estimó íntegramente la demanda de Barclays y condenó a la demandada a pagar la suma de 1.340.356,71 euros, más intereses y costas. El tribunal de apelación justifica la desestimación de la impugnación de Petromiralles en dos escuetas razones: (i) que no tiene gravamen para recurrir porque fue absuelta en la primera instancia; y (ii) que no tiene legitimación para invocar cuestiones que debería haber invocado en contestación de la demanda y que, al no haberlo hecho, en segunda instancia son res novae inatendibles.

7.2. En cuanto a la estimación de la apelación, la Audiencia declara: que la resolución inglesa dictada en la declinatoria no tiene ningún efecto sobre este proceso, porque no se ha solicitado el exequatur y se ha dictado solo a los efectos de resolver sobre la competencia; las partes estaban vinculadas ya antes de firmar el acuerdo marco por el Derecho inglés; el contrato marco se recibió, se leyó y se comprendió; la cláusula de sumisión al Derecho inglés es transparente y comprensible; el contrato marco se aceptó tácitamente al encargar los acumuladores, y con ello también la cláusula de sumisión al Derecho inglés; no es aplicable el art. 8.2 del Convenio de Roma, ya que, en caso de regir, regiría el art. 8.1, pero no se trata de saber si es aplicable o no el Derecho inglés o el Derecho español a la contratación de los derivados, sino que el caso aquí es si existió o no aceptación del contrato marco y de los contratos según el Derecho inglés; hubo aceptación del contrato marco; no existió una condición suspensiva; la mercantil demandada es un cliente profesional; hubo contratación válida y eficaz de los acumuladores porque hubo plena aceptación de la oferta del banco al contratar un producto comprendido en el marco convencional (lo examina conforme al Derecho inglés); la mercantil demandada no ha acreditado que hubiese cumplido el

contrato; el banco demandante podía, ante el incumplimiento, resolver el contrato y liquidar la situación reteniendo cualquier saldo en la cuenta del deudor, efectuando la compensación, y la liquidación resultante es la deuda que ahora se reclama.

8.- Recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación

Petromiralles ha formulado un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en siete motivos, y otro de casación, articulado en otros siete motivos, que han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Formulación y resolución del primer motivo

1.- Planteamiento. El motivo se formula al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24 CE, por error palmario en la valoración de la prueba.

En su desarrollo, se aduce, en síntesis, que la sentencia dictada por la High Court of Justice Queen's Bench Division, Commercial Court, que resolvió la declinatoria presentada por Pedromiralles frente a la inicial demanda de Barclays ante el tribunal inglés, habría determinado la ausencia de consentimiento prestado por la recurrente a las contrataciones litigiosas y en consecuencia la inaplicabilidad del contrato marco a las relaciones contractuales existentes entre las partes, lo que desplegaría los efectos propios de la cosa juzgada.

2.- Decisión de la sala. No cabe revisar por el cauce de un recurso extraordinario por infracción procesal las valoraciones jurídicas del tribunal de apelación sobre la base de los hechos fijados en la instancia. Desestimación.

Este motivo del recurso no puede ser acogido. No debe confundirse la revisión de la

valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (sentencias 432/2009, de 17 de junio; 196/2010, de 13 de abril; 495/2009, de 8 de julio; 211/2010, de 30 de marzo; y 326/2012, de 30 de mayo), con la revisión de la valoración jurídica de los hechos.

Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como esta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial (sentencias 77/2014, de 3 de marzo y 533/2014, de 14 de octubre, y 103/2016, de 25 de febrero).

No ha existido ninguna valoración arbitraria o ilógica de pruebas documentales a efectos de fijar los hechos relevantes, puesto que los hechos en los que la Audiencia Provincial ha basado su decisión no son cuestionados por las partes. En concreto, en el recurso no se cuestiona ni la autenticidad ni el contenido del documento "Terms of Bussines" (contrato marco), ni de la sentencia del citado Tribunal Superior de Justicia inglés. La valoración que hace la Audiencia sobre la falta de efectos jurídicos (de cosa juzgada o vinculantes) de esa sentencia sobre el procedimiento de la litis, y sobre las razones de ello (falta de petición de previo exequatur y limitación de la controversia de la que conoció el tribunal inglés, circunscrita a la competencia jurisdiccional), es una valoración jurídico-procesal que puede ser combatida por infracción de los arts. 222 y 400 LEC, como de hecho se hace en el siguiente motivo de este recurso, pero no como error patente o

arbitrariedad en la valoración de la prueba y en la fijación de los hechos, por infracción del art. 24 CE, por la vía del art. 469.1.4º LEC, como se pretende en este motivo.

En consecuencia, el motivo primero del recurso debe ser desestimado.

TERCERO.- Formulación del segundo motivo

1.- El motivo se formula al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, con base en la infracción del art. 24 CE, por vulnerar el principio de cosa juzgada material, limitada al hecho del otorgamiento del contrato marco, y "más concretamente vulneración de la normativa inglesa relativo a las relaciones contractuales de carácter civil sobre la res judicata y de los arts. 222 y 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y jurisprudencia invocada en el motivo, particular consideración de la abolición del exequatur como expresión de la cooperación judicial en materia civil de la Unión Europea".

2.- En su desarrollo, se alega, en síntesis, que la sentencia inglesa comporta efectos de cosa juzgada material sobre el presente procedimiento y, por tanto, el hecho de que el tribunal inglés haya considerado que Pedromiralles no prestó su consentimiento al contrato marco, supone que la sentencia impugnada ha vulnerado el principio de cosa juzgada material, tanto con arreglo a la normativa inglesa como a la española.

El motivo debe ser estimado por las razones que exponemos a continuación.

CUARTO.- Decisión de la sala. Eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras en España. El sistema de reconocimiento de sentencias del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 . Efectos de cosa juzgada de las sentencias reconocidas en España. Estimación

1.- La cuestión que subyace en este motivo del recurso exige dilucidar si el denominado

"Terms of Business for Professionals Clients" remitido por el Sr. Carmelo (Barclays Bank) a la Sra. Felicísima (Petromiralles), como documento adjunto al correo electrónico de 14 de febrero de 2008, constituye un contrato vinculante para las partes. En ese documento se contenía un apartado 21.3 del siguiente tenor

"21.3 Jurisdicción. Con sujeción al Reglamento aplicable, las partes con carácter irrevocable:

"(a) acuerdan en su beneficio que los tribunales de Inglaterra poseerán competencia y jurisdicción para dirimir sobre toda clase de litigios, demandas u otros procedimientos relacionados con el presente Contrato (el "Procedimiento") y someter con carácter irrevocable a la jurisdicción y competencia de tales tribunales y juzgados (siempre que esto no nos impida interponer una demanda en los tribunales y juzgados de otra jurisdicción); [...]"

La sentencia de la High Court de 15 de octubre de 2008, que resolvió la declinatoria por falta de jurisdicción internacional, basó su decisión en que la citada cláusula del "Terms of Business" no había sido consentida por Petromiralles, en ausencia de la cual consideró que carecía de competencia jurisdiccional. Fundó esta conclusión en el siguiente razonamiento (traducción aportada a los autos):

"34. Cuando fueron enviados los Términos [en referencia al "Terms of Business"] estaban en inglés, que parece que es un idioma con el que la mayoría de los que están en Petromiralles no están familiarizados y en relación a operaciones, por lo demás, llevadas a cabo en español. Fueron enviados sin previa indicación de qué era lo que se enviaba y de la importancia que iba a tener. Por un motivo que estoy seguro fue accidental y no premeditado, las condiciones fueron enviadas

solo al miembro junior del equipo. Aunque es improbable que alguien pudiera considerar que dichos documentos eran material de marketing, cualquiera podría fácilmente haberlos tomado como algo distinto de lo que, tras un análisis cuidadoso y una traducción al español, resultaron ser. Habría sido necesaria una traducción comprensiva del documento de 75 páginas y una detenida consideración del mismo para que dicho documento hubiera significado algo. El documento no requería ningún acuse de recibo o aceptación por parte del cliente. Por supuesto no hay nada malo en eso en un sentido regulatorio, pero es relevante que otras organizaciones o condiciones modelo prevean en ese punto un procedimiento de acuse de recibo. No se hizo referencia a los términos generales y la cláusula de sumisión a jurisdicción en ningún otro documento y parece que nunca fueron mencionados en ninguna reunión o conversación telefónica. Esta no es la esencia del consentimiento".

Petromiralles ha afirmado que esa sentencia es definitiva y firme, afirmación que no ha negado Barclays.

2.- Sobre esa base, el motivo ahora examinado parte de la premisa de que esa sentencia inglesa produce efectos de cosa juzgada material en este procedimiento, en particular respecto de la conclusión de que Petromiralles no prestó su consentimiento al "Terms of Business", por lo que éste no puede considerarse como un contrato perfeccionado entre las partes ni, en consecuencia, vinculante para Petromiralles.

La demandante, coincidiendo sustancialmente con la sentencia impugnada, rechaza este argumento porque, sin perjuicio del valor probatorio de la sentencia (como un medio de prueba más), la resolución inglesa no produce efectos de cosa juzgada material ya que: (i) no ha sido reconocida en España a

través del preceptivo *exequatur*; (ii) aun partiendo, a efectos dialécticos, de la triple identidad de personas, objeto y causa de pedir entre las acciones ejercitadas en los dos procesos, la omisión de un pronunciamiento sobre el fondo de la acción en el primero, impide apreciar la cosa juzgada en el segundo; (iii) la cosa juzgada material, tanto positiva como negativa, aparece ligada exclusivamente a las sentencias firmes que juzgan y resuelven sobre el fondo del asunto, y en este caso la sentencia inglesa se pronunció solo sobre la falta de competencia jurisdiccional; (iv) la sentencia inglesa equivale en nuestro Derecho al auto que resuelve el incidente de declinatoria (art. 65 LEC) y, conforme a la jurisprudencia, solo producen efectos de cosa juzgada las sentencias firmes.

3.- Ámbito de la cosa juzgada material positiva

3.1. Conforme a la jurisprudencia de esta sala, contenida entre otras en las sentencias 169/2014, de 8 de abril, y 5/2020, de 8 de enero, "la cosa juzgada material es el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva, regulado en el art. 222 LEC. La vinculación negativa impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado y conforme a la vinculación positiva, lo resuelto en el primero debe tenerse en cuenta en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto".

Reiteramos esta doctrina en la sentencia 423/2021, de 22 de junio, en la que precisamos el requisito de la identidad subjetiva entre los procedimientos:

"El efecto de cosa juzgada material de las sentencias firmes, en su aspecto negativo, que es el que ahora interesa, "excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea

idéntico al del proceso en que aquella se produjo" (art. 222.1 LEC), y "afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes" (art. 222.3 LEC)".

3.2. En principio, los efectos propios de la cosa juzgada se predicán de las sentencias firmes que resuelven el fondo del asunto. Como declaramos en la sentencia 648/2009, de 2 de octubre:

"Ley y doctrina coinciden en que la cosa juzgada material aparece exclusivamente ligada a las sentencias firmes que juzgan y resuelven sobre el fondo del asunto (tanto el artículo 222 LEC, como el 1252 CC, hoy derogado, mencionan sólo esta clase de resoluciones al regular la cosa juzgada material). La vinculación que deriva de la cosa juzgada material, sea en su vertiente negativa, de impedir o excluir un nuevo enjuiciamiento cuando entre lo resuelto en el primer pleito y lo planteado en el segundo existe plena identidad de personas, cosas y causas, o en su vertiente positiva, de no vedar un nuevo proceso pero sí condicionar la decisión de fondo referente a materias conexas con las ya anteriormente resueltas, exige que la resolución dictada en el primer pleito sea una sentencia firme (es decir, no susceptible de ser impugnada por medio de recursos en el seno del mismo proceso), y resuelva el fondo del asunto, pues sólo así cabe entender juzgada definitivamente la pretensión. De esto se sigue que no es posible apreciar la autoridad de cosa juzgada cuando, como es el caso, la decisión a la que se atribuye dicho valor fue una resolución distinta a una sentencia firme".

Ahora bien, lo anterior debe entenderse sin perjuicio de respetar la extensión de los efectos de la cosa juzgada positiva a los hechos declarados y a los razonamientos

decisorios. En la sentencia 306/2019, de 3 de junio, precisamos:

"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".

3.3. En el caso de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, cuando se invoca su eficacia de cosa juzgada en un procedimiento seguido ante un tribunal español es preciso que haya obtenido su previo reconocimiento en España a través de cualquiera de los medios previstos en los convenios internacionales, instrumentos normativos europeos o, en su defecto, en la forma prevista en los arts. 44 a 49 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (LCJI). Sin ese reconocimiento la sentencia extranjera no puede producir efecto jurídico alguno en España, más allá del probatorio de la existencia de la propia sentencia. La sentencia impugnada considera que este requisito no se cumple porque la reseñada sentencia no

obtuvo el exequatur. Este argumento no es correcto, como explicamos a continuación.

4.- El reconocimiento en España de las sentencias dictadas por tribunales de países vinculados al Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (Reglamento Bruselas I)

4.1. Los contratos litigiosos (en el caso de que se admita su existencia como tales) datan de febrero de 2008. Por tanto, son anteriores a la entrada en vigor del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis). En consecuencia, en el presente caso resulta aplicable *ratione temporis* (por razón del tiempo) el Reglamento Bruselas I de 2001. No hay duda, ni ha resultado controvertido, que en la litis se cumplen también los presupuestos requeridos para la aplicación de este Reglamento europeo de que la sentencia del juez inglés de la litis es una resolución judicial, en el sentido requerido por su art. 32, y que afecta a una materia civil o mercantil que entra dentro del ámbito de aplicación de su art. 1.

4.2. El objetivo del Reglamento fue unificar "las normas sobre conflictos de jurisdicción en materia civil y mercantil, simplificándose los trámites para un reconocimiento y una ejecución rápidos y simples de las resoluciones judiciales de los Estados miembros obligados por el presente Reglamento", con objeto de facilitar el buen funcionamiento del mercado interior y la "libre circulación de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", mediante "un instrumento jurídico comunitario vinculante y directamente aplicable" (considerandos 2 y 6). Y con ese objetivo se instaura un sistema bajo el principio general del "reconocimiento de

pleno Derecho" de las resoluciones dictadas en un Estado miembro, basado en "la confianza recíproca en la justicia dentro de la Comunidad". Así lo afirman los considerandos 16 y 17 del Reglamento:

"(16) La confianza recíproca en la justicia dentro de la Comunidad legitima que las resoluciones dictadas en un Estado miembro sean reconocidas de pleno Derecho, sin que sea necesario, excepto en caso de oposición, recurrir a ningún otro procedimiento.

"(17) Esta misma confianza recíproca justifica que sea eficaz y rápido el procedimiento para hacer ejecutoria, en un Estado miembro, una resolución dictada en otro Estado miembro. A tal efecto, el otorgamiento de la ejecución de una resolución debería producirse de manera casi automática, previo mero control formal de los documentos aportados, sin que el tribunal pueda invocar de oficio ninguno de los motivos de denegación de la ejecución previstos en el presente Reglamento".

4.3. Sobre esta base, el Reglamento Bruselas I estableció en su art. 33:

"1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros, sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno.

"2. En caso de oposición, cualquier parte interesada que invocare el reconocimiento a título principal podrá solicitar, por el procedimiento previsto en las secciones 2 y 3 del presente capítulo, que se reconozca la resolución.

"3. Si el reconocimiento se invocare como cuestión incidental ante un tribunal de un Estado miembro, dicho tribunal será competente para entender del mismo".

En el art. 34 se establecían las causas tasadas de denegación del reconocimiento (al margen de los casos de incompetencia del art. 35): (i)

contradicción manifiesta con el orden público del Estado miembro requerido; (ii) resoluciones dictadas en rebeldía del interesado en situaciones que puedan provocar indefensión; (iii) carácter inconciliable de la resolución con otra resolución dictada entre las mismas partes en el Estado requerido, o en otro Estado miembro o en un Estado tercero "en un litigio que tuviere el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido".

Además, el art. 36 del Reglamento proscribía taxativamente la revisión del fondo de la resolución de cuyo reconocimiento (o ejecución) se trate: "La resolución extranjera en ningún caso podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo".

4.4. El concepto de "resolución judicial" del Reglamento es autónomo y amplio. Según el art. 32, "se entenderá por "resolución", a los efectos del presente Reglamento, cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro con independencia de la denominación que recibiere, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquidare las costas del proceso".

5.- La interpretación de la jurisprudencia europea sobre los requisitos y alcance del reconocimiento de las resoluciones judiciales según los artículos 32 y 33 del Reglamento Bruselas I y su relación con los efectos de la cosa juzgada

5.1. Conviene comenzar precisando que la interpretación del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (texto

consolidado en DO 1998, C 27, p. 1) por el Tribunal de Justicia, en particular su artículo 25, es aplicable también, en principio, a la disposición equivalente del Reglamento nº 44/2001, esto es, el art. 32 (sentencia de 18 de octubre de 2011, *Realchemie Nederland*, C-406/09, apartado 38).

Según esta interpretación, como recordó la STJUE de 15 de noviembre de 2012 (asunto C-456/11, *Gothaer*), el art. 32 del Reglamento no se limita a las "resoluciones que pongan fin en su totalidad o en parte a un litigio, sino que abarca también las resoluciones anteriores a la sentencia definitiva y las resoluciones por las que se ordenen medidas provisionales o cautelares (sentencia de 14 de octubre de 2004, *Mærsk Olie & Gas*, C-39/02, Rec. p. I-9657, apartado 46)":

"con arreglo al tenor literal del artículo 32 del Reglamento nº 44/2001, el concepto de "resolución" incluye "cualquier" decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro, sin establecer ningún tipo de distinción en función del contenido de la resolución de que se trate, lo que implica, en principio, que dicho concepto comprende asimismo una resolución en virtud de la cual el tribunal de un Estado miembro declina su competencia con base en una cláusula atributiva de competencia".

5.2. De la citada STJUE de 15 de noviembre de 2012 se desprende, además, que (i) las disposiciones del Reglamento n.º 44/2001 deben interpretarse de forma autónoma, conforme a su propio sistema y sin vinculación a las particularidades de los Derechos nacionales; (ii) el principio de confianza recíproca entre los tribunales de los Estados miembros obliga a rechazar cualquier interpretación restrictiva del concepto "resolución" del art. 32 del Reglamento; (iii) el art. 33 del Reglamento consagra el principio de que las resoluciones judiciales deben ser

reconocidas, mientras que las excepciones de los arts. 34 y 35 han de interpretarse en sentido estricto. En concreto, el Tribunal de Justicia declara en esa sentencia, en lo ahora relevante:

"25. Además, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, las disposiciones del Reglamento nº 44/2001 deben interpretarse de manera autónoma, remitiéndose a su sistema y a sus objetivos (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 2006, *Reisch Montage*, C-103/05, Rec. p. I-6827, apartado 29; de 23 de abril de 2009, *Draka NK Cables y otros*, C-167/08, Rec. p. I-3477, apartado 19, y de 16 de julio de 2009, *Zuid-Chemie*, C-189/08, Rec. p. I-6917, apartado 17). [...]

"26. Pues bien, tal y como se desprende del considerando 2 del Reglamento nº 44/2001, uno de los objetivos de este Reglamento es simplificar "los trámites para un reconocimiento y una ejecución rápidos y simples de las resoluciones judiciales de los Estados miembros" obligados por dicho Reglamento, lo que aboga asimismo en favor de una interpretación del concepto de "resolución" que no tenga en cuenta el modo en que el Derecho de un Estado miembro califica a un acto adoptado por un tribunal nacional, ya se trate del Derecho del Estado miembro de origen o del Derecho del Estado miembro requerido. En efecto, una interpretación de aquel concepto basada en las particularidades de cada Derecho nacional constituiría un obstáculo importante para la realización del mencionado objetivo.

"30. Tal como ha expuesto el Abogado General en los puntos 49 y 50 de sus conclusiones, los artículos 33 a 35 del Reglamento nº 44/2001 también se oponen a una interpretación restrictiva del concepto de "resolución" contenido en el artículo 32 del mismo Reglamento. En efecto, el artículo 33

consagra el principio de que las resoluciones judiciales deben ser reconocidas, mientras que los artículos 34 y 35 prevén excepciones a ese principio, excepciones que han de interpretarse en sentido estricto. Al mismo tiempo, el apartado 3 del artículo 35 dispone que no podrá procederse a la fiscalización de la competencia del tribunal del Estado miembro de origen y que el orden público no afectará a las reglas relativas a la competencia judicial".

5.3. El Tribunal de Justicia también se ha pronunciado sobre la extensión de los efectos de la resolución reconocida, y la relación entre la regla de prohibición de revisión del fondo y el concepto de fuerza de cosa juzgada en el Derecho de la Unión en el contexto del reconocimiento de resoluciones judiciales de un Estado miembro en otro.

En primer lugar, como ha recordado el Tribunal de Justicia, citando al efecto el Informe Jenard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el reconocimiento debe "surtir el efecto de que se atribuyan a las resoluciones la autoridad y los efectos de que disfrutaban en el Estado en que se dictaron" (sentencia de 4 de febrero de 1988, Hoffmann, apartado 10).

Por consiguiente, como declara la STJUE de 15 de noviembre de 2012, antes citada, "una resolución judicial extranjera reconocida en virtud del artículo 33 del Reglamento nº 44/2001 debe desplegar en el Estado requerido, en principio, los mismos efectos que en el Estado de origen (véase, en este sentido, la sentencia Hoffmann, antes citada, apartado 11)".

En segundo lugar, aunque el Estado requerido califique la resolución extranjera como una resolución de mera "admisibilidad" y no

afectante al fondo del litigio, aquél queda vinculado no sólo por la decisión sobre dicha admisibilidad (una declinatoria de competencia) sino también por los fundamentos jurídicos en que se basó la decisión (v.gr. validez de una cláusula de sumisión a jurisdicción).

En tercer lugar, las limitaciones que para el tribunal del Estado requerido derivan del reconocimiento de una resolución de un tribunal de otro Estado miembro, vienen determinadas también porque "la exigencia de aplicación uniforme del Derecho de la Unión requiere que el alcance preciso de esa limitación sea definido en el ámbito de la Unión, en lugar de depender de las diferentes normas nacionales en materia de fuerza de la cosa juzgada" (STJUE asunto Gothaer, apartado 39).

Y esta misma sentencia, en su apartado 40, precisa que el concepto de "fuerza de cosa juzgada" en la Unión Europea no solo se atribuye a la parte dispositiva, sino también a los fundamentos de Derecho en que necesariamente ha de basarse:

"[...] el concepto de fuerza de cosa juzgada en el Derecho de la Unión no sólo se atribuye a la parte dispositiva de la resolución judicial de que se trate, sino que se extiende también a los fundamentos de Derecho en los que necesariamente ha de basarse el fallo y que son, por ello, indisociables de éste [véanse, entre otras, las sentencias de 1 de junio de 2006, P&O European Ferries (Vizcaya) y Diputación Foral de Vizcaya/Comisión, C-442/03 P y C-471/03 P, Rec. p. I-4845, apartado 44, y de 19 de abril de 2012, Artegodan/Comisión, C-221/10 P, apartado 87]. [...] el concepto de fuerza de cosa juzgada del Derecho de la Unión resulta pertinente para determinar los efectos que produce una resolución en virtud de la cual un tribunal de un Estado miembro declina su competencia

con base en una cláusula atributiva de competencia".

La citada sentencia Gothaer concluyó, con base en ese concepto de cosa juzgada (más amplio que el propio del Derecho alemán, que invocaba el tribunal remitente de la cuestión prejudicial), que la resolución en virtud de la cual un tribunal de un Estado miembro declina su competencia con base en una cláusula atributiva de competencia, habida cuenta de la validez de dicha cláusula, "vincula a los tribunales de los demás Estados miembros tanto en lo que atañe a la declaración de incompetencia de aquel tribunal -contenida en la parte dispositiva o fallo de su resolución- como en lo que atañe a la declaración relativa a la validez de la cláusula atributiva de competencia -contenida en los fundamentos de Derecho de la resolución judicial, en los que necesariamente ha de basarse la parte dispositiva o fallo" (apartado 41).

Como razonó el TJUE, "admitir que el tribunal del Estado miembro requerido pueda considerar nula una cláusula atributiva de competencia cuya validez haya reconocido el tribunal del Estado miembro de origen resultaría contrario a la mencionada prohibición de revisión de la resolución en cuanto al fondo, máxime en circunstancias en las que, de no haber existido dicha cláusula, este último tribunal habría podido declararse competente. En efecto, en este último supuesto el hecho de que el tribunal del Estado miembro requerido considere nula la cláusula atributiva de competencia no sólo pondría en tela de juicio la conclusión preliminar del tribunal del Estado miembro de origen en cuanto a la validez de dicha cláusula, sino que también cuestionaría la resolución de este tribunal de declinar su propia competencia como tal" (apartado 38).

6.- La aplicación de esta jurisprudencia europea al caso litigioso conduce a estimar el motivo, por las siguientes razones:

(i) no hay duda de la aplicabilidad al presente caso del Reglamento Bruselas I;

(ii) tampoco existe duda de que la sentencia firme dictada por el tribunal inglés el 15 de octubre de 2008 constituye una "resolución judicial" en el sentido del art. 32 del Reglamento, aunque no se haya pronunciado sobre el fondo del litigio al resolver su falta de competencia jurisdiccional;

(iii) esa sentencia ha sido alegada en el procedimiento a que se refiere este recurso, ante los tribunales españoles, y es susceptible de reconocimiento incidental, sin necesidad de "recurrir a procedimiento alguno" (art. 33.1 y 3); y no consta que Barclays haya invocado la existencia de ninguno de los tasados motivos de oposición previstos en los arts. 34 y 35 del Reglamento;

(iv) consta aportada a las actuaciones copia de la sentencia dictada por el tribunal inglés, cuya autenticidad no se ha cuestionado (art. 53.1), sin que conste que la sentencia que ahora se recurre, que negó eficacia a dicha sentencia, requiriese la presentación de la certificación del anexo V del Reglamento, ni ofreciese un plazo para su presentación, ni considerase que no procedía dispensar su presentación por falta de información suficiente (art. 53.2 y 55 del Reglamento);

(v) esa sentencia está exenta de legalización o formalidad análoga (art. 56);

(vi) la sentencia del tribunal inglés, que podía ser reconocida de forma incidental en los términos señalados, sin necesidad de solicitar su exequatur ni recurrir a procedimiento alguno, era susceptible de producir efectos de cosa juzgada material en los términos que en

este ámbito se reconocen en la jurisprudencia reseñada del Tribunal de Justicia;

(vii) esos efectos se extienden no solo a la decisión incluida en el fallo (declinación de la competencia jurisdiccional), sino también a los fundamentos jurídicos que sustentaron esa decisión. En concreto, en el contexto del examen del art. 23 del Reglamento nº 44/2001, la apreciación de que Petromiralles no prestó un consentimiento contractual, pues el documento "Terms of Business" remitido junto con el correo remitido por el Sr. Carmelo a la Sra. Felicísima el 14 de febrero de 2008 "cualquiera podría fácilmente haberlos tomado como algo distinto de lo que, tras un análisis cuidadoso y una traducción al español, resultaron ser. Habría sido necesaria una traducción comprensiva del documento de 75 páginas y una detenida consideración del mismo para que dicho documento hubiera significado algo". Conclusión argumental que apoya también, además de en el hecho de que esas condiciones estaban en inglés (a pesar de que todas las negociaciones se habían realizado en español), en que "fueron enviados sin previa indicación de qué era lo que se enviaba y de la importancia que iba a tener [...] al miembro junior del equipo";

(viii) como sucedía en el caso resuelto por la STJUE de 12 de noviembre de 2012, contradecir ahora en este segundo procedimiento sobre el mismo objeto (reclamación de una indemnización por supuesto incumplimiento de los contratos) esas conclusiones, y afirmar que Petromiralles sí prestó el consentimiento contractual de forma que las previsiones contenidas en el "Terms of Business" deben considerarse como cláusulas de un contrato perfeccionado y vinculante, provocaría una infracción del carácter vinculante derivado del reconocimiento de la sentencia inglesa, pues "no sólo pondría en tela de juicio la conclusión

preliminar del tribunal del Estado miembro de origen en cuanto a la validez de dicha cláusula [en este caso, sobre su ineficacia] sino que también cuestionaría la resolución de este tribunal de declinar su propia competencia como tal" (apartado 38), pues si el consentimiento se prestó y la cláusula de sumisión a la jurisdicción inglesa fue válida, el tribunal competente para conocer del pleito sería el tribunal inglés, que negó esa competencia.

7.- La consecuencia es que debemos estimar este segundo motivo del recurso extraordinario de infracción procesal y, sin necesidad de analizar los restantes motivos, dejar sin efecto la sentencia de la Audiencia y dictar una nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento en el recurso de casación, conforme a la disposición final decimosexta, apartado 1, regla 7.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- Ley aplicable a las relaciones jurídicas entre las partes. Falta de carácter contractual y vinculante del documento "Terms of Business for Professionals Clients".

1.- Determinación de la ley aplicable a las relaciones jurídica litigiosas.

Dado que la determinación del marco normativo aplicable es una cuestión previa para resolver el presente pleito, debemos proceder (i) a la determinación de la ley aplicable, operación para la cual el tribunal español debe aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español (art. 12.6 CC), que pueden ser de origen interno, comunitario o convencional internacional; y (ii) a la previa calificación de la situación jurídica internacional con arreglo a la ley española: "la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española (art. 12.1 del

Código Civil)" (sentencias 198/2015, de 20 de mayo, y 578/2012, de 27 de julio).

2.- El pacto de elección de la ley aplicable.

2.1. El Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (en adelante, Convenio de Roma), entró en vigor para España el 1 de septiembre de 1993, tras publicarse el depósito del instrumento de ratificación en el BOE del 19 de julio de 1993. Ese Convenio vinculaba también al Reino Unido, que fue uno de los países que lo firmaron originalmente. Este Convenio es aplicable *ratione temporis* y *ratione materiae* (por razón del tiempo y por razón de la materia) al caso de la litis para la resolución del conflicto de leyes planteado entre la española y la inglesa.

2.2. Lo que ha de ser objeto de prueba, en su caso, es el contenido y vigencia del Derecho extranjero, no las normas de conflicto aplicables, que pueden ser normas de Derecho interno, convencional o europeo, pero no extranjero.

Como indicamos en la sentencia 477/2017, de 20 de julio:

"[...] el informe del experto inglés sobre el contenido del Derecho inglés solo puede tomarse en consideración con relación al contenido de este Derecho extranjero en caso de que el tribunal español considere que la norma de conflicto remite a la aplicación de ese Derecho extranjero. Se trata del único supuesto en que es admisible prueba sobre el contenido y la vigencia del Derecho aplicable al litigio, y en concreto, el único supuesto en que es admisible una pericia de contenido jurídico.

"Pero no es admisible que el ámbito de dicha prueba pretenda extenderse a la aplicación de las normas de conflicto, sean las de Derecho

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

2.3. Petromiralles defiende que las relaciones jurídicas litigiosas están sometidas al Derecho español, en tanto que Barclays parte de la tesis de que el Derecho aplicable es el inglés en virtud de la cláusula de sumisión a dicha legislación que figura en el "Terms of Business". Sostiene que las partes tenían plena libertad para elegir el derecho que debía regir los contratos, al amparo de lo previsto en el art. 3.1 del citado Convenio de Roma (en términos similares a lo previsto en los arts. 2, 3.1 y 22 del Reglamento n.º 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 - Reglamento Roma I-).

2.4. En el caso, en el documento "Terms of Business" litigioso figura un apartado 21, bajo la rúbrica "GOVERNING LAW AND JURISDICTION" ("LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN APLICABLE") que, en lo ahora relevante, es del siguiente tenor:

"21.1 Governing law: A Transaction which is subject to the Rules of a Market shall be governed by the law applicable to it under those Rule's. Subject thereto, this Agreement shall be governed by and construed in accordance with English law.

"21.2 Law applicable to relationship prior to the conclusion of the Agreement: The law applicable to the relationship between us prior to the conclusion of this Agreement is English law".

[Texto según la traducción aportada a las actuaciones:

"21.1. Legislación aplicable. Las Operaciones que estén sujetas a la Normativa de un mercado se regirán por el derecho aplicable a las mismas en virtud de tal Normativa. Con sujeción a lo dispuesto en ella, el presente Contrato se regirá o interpretará de conformidad con el Derecho inglés.

"21.2. Legislación aplicable a nuestra relación antes de formalizar el Contrato . La legislación aplicable a nuestra relación antes de formalizar el presente Contrato será la del Derecho inglés".]

3.- El Convenio de Roma se aplica "en las situaciones que implique un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales" (art. 1), y su ámbito de aplicación es universal (erga omnes), en el sentido de que, conforme a su art. 2, "la ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante". A su vez, el art. 3.1 establece un régimen de autonomía de la voluntad conflictual o libertad de elección para la determinación de la ley aplicable:

"1. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato".

Ahora bien, esta libertad de elección no podrá excluir la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de un país distinto al de la ley elegida, cuando estén en juego las "leyes de policía" de aquel país, en los términos previstos por el art. 7 del Convenio:

"1. Al aplicar, en virtud del presente convenio, la ley de un país determinado, podrá darse

efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, sí y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rige al contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.

"2. Las disposiciones del presente convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato".

Al margen de esta prevención sobre las normas imperativas en los casos señalados, y sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 4.3 y 4, 5 y 6 (contratos sobre derechos reales inmobiliarios, de transporte, consumo y trabajo), la elección de la ley aplicable por las partes no está constreñida a la que presente vínculos más estrechos con el país de la legislación elegida. Así se desprende del art. 4.3 del Convenio que sólo hace prevalecer la ley del país que presente vínculos más estrechos respecto de las reglas que fija ese artículo para los casos de falta de elección por las partes de la ley aplicable. Por tanto, con las salvedades señaladas, la ley designada por pacto entre las partes (pactum de lege utenda) se aplica con independencia de la residencia, domicilio o nacionalidad de las partes y de cualquier otra circunstancia relativa al contrato (lugar de celebración, ejecución, etc). Se trata de una regulación similar a la incorporada al Reglamento n.º 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 - Reglamento Roma I - (sentencia 477/2017, de 20 de julio).

4.- Conforme a este régimen conflictual, que dentro de su ámbito material de aplicación

desplazó en el Derecho español al art. 10.5 CC, no cabría objetar la elección de la ley inglesa, como ley aplicable, que in casu figura en la cláusula 21 del "Terms of Business" (lex contractus), especialmente si se tiene en cuenta que la sociedad que debe realizar la prestación característica del contrato (venta del producto de cobertura de divisas) es un banco inglés.

Ahora bien, esa elegibilidad de la ley inglesa solo será efectiva en la medida en que (i) quepa concluir que fue válidamente acordada por las partes, y (ii) no vulnere ninguna norma imperativa española (como lex fori y vinculada a la situación internacional por la nacionalidad de la sociedad compradora de la cobertura y por el lugar de celebración del contrato), conforme a lo previsto en el art. 7.2 del Convenio de Roma.

5.- La primera de estas condiciones no se cumple. Las mismas razones que llevaron al tribunal inglés que dictó la sentencia de 15 de octubre de 2008 para declarar que respecto de la cláusula de sumisión a la jurisdicción inglesa no hubo consentimiento contractual por parte de Petromiralles deben conducir ahora a afirmar que la cláusula (apartado 21.1 y 2 del "Terms") sobre elección de ley aplicable (Derecho inglés) tampoco fue consentida por la demandada. No se olvide que una y otra (sumisión a la ley y a la jurisdicción inglesa) se contienen en el mismo apartado 21 bajo la rúbrica "LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN APLICABLE". Afirmar que un apartado de esa cláusula fue consentido, mediante una aceptación válida de una oferta contractual, y que el otro apartado no lo fue constituirían (i) pronunciamientos inconciliables, con clara vulneración del principio de seguridad jurídica y del alcance de la fuerza de cosa juzgada propia del Derecho de la Unión Europea, en los términos antes analizados; y (ii) una infracción del art. 3.1 del

Convenio de Roma que exige que la elección de la ley aplicable deberá ser "expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias".

6.- En defecto de elección de ley aplicable, a juicio de Barclays, el conflicto de leyes debe resolverse aplicando la misma solución material (aplicación de la ley inglesa) con arreglo a otro de los puntos de conexión previstos en el propio Convenio de Roma. De forma que, aun partiendo de la falta de eficacia de la cláusula de elección de ley, la cuestión de si se prestó o no un consentimiento contractual válido y si se perfeccionó o no, como contrato marco, el "Terms of Business" habría de ser resuelta con arreglo al Derecho inglés, más flexible en cuanto a la admisión de consentimientos tácitos, según afirma la sentencia impugnada.

En concreto, Barclays considera que, de conformidad con el art. 8 del Convenio de Roma, aplicable racione temporis, la ley aplicable, incluso en ausencia de la elección contenida en el "Terms", sería la que procediese aplicar en virtud del Convenio "si el contrato o la disposición fueran válidos". Y el art. 4.2 del Convenio, que sería aplicable conforme al art. 8.1, establece que la ley aplicable a falta de elección sería la "ley del país de la sede del prestador característico". Por lo que, por esta vía, resultaría aplicable la ley nacional de Barclays, es decir, la ley inglesa, pues en la fecha de contratación de los "acumuladores" el domicilio social de la actora se encontraba en Londres (Reino Unido), 1 Churchill Place, E14 5HP.

7.- Esta sala no comparte ese razonamiento. En primer lugar, el art. 8.1 del Convenio prescribe que "la existencia y validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente convenio si el contrato o la disposición fueran válidos". Con ello trata

de salvar un problema circular: para dilucidar sobre la existencia y validez del contrato hay que realizar ese enjuiciamiento determinando previamente el régimen jurídico aplicable, pero la determinación de ese régimen puede depender del contenido del propio contrato. Por ello, a tales efectos (concreción de ley aplicable), se parte de una suerte de suposición o presunción de validez del contrato.

Ahora bien, esa presunción decae si lo que se plantea es la cuestión previa de si hubo o no consentimiento contractual. Para este caso, el apartado 2 del mismo art. 8 del Convenio prescribe:

"2. Sin embargo, para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado precedente".

Por tanto, en estos casos y a los efectos indicados, cualquiera de las partes puede invocar la ley del país de su residencia habitual, como ha hecho Petromiralles (con domicilio en España), y esa será la ley aplicable si cabe concluir que no es razonable determinar los efectos de su comportamiento (en particular para juzgar sobre la existencia y validez de su consentimiento) con arreglo a la otra ley que concurra en la situación internacional (la aplicable si el contrato fuese válido). En este caso, parece más razonable juzgar sobre la existencia y validez del consentimiento de Petromiralles con arreglo a la ley española pues (i) es la ley de su nacionalidad y residencia; (ii) todas las negociaciones entre las partes se desarrollaron en España y en idioma español; (iii) Petromiralles trató en esas negociaciones con sociedades españolas (Barclays Bank y

Barclays Capital), que actuaban por medio de representantes españoles (Sres. Carmelo e Fernando), que - a la vista de lo acreditado - no manifestaron estar actuando por cuenta de o como intermediarios de otras sociedades inglesas de su grupo; (iv) también era española la sociedad que actuaba como agente de pagos - Barclays Bank SAU -, banco en el que Petromiralles tenía abierta una cuenta a la que transfería los fondos destinados a la compra de las divisas.

8.- Por tanto, debe ser la ley española la que se aplique para determinar la existencia y validez del consentimiento contractual. Solo si se llegase a la conclusión de que el consentimiento existió y fue válido tendría sentido plantearse la cuestión de la determinación de la ley aplicable a falta de elección, toda vez que, como ya dijimos, en cualquier caso, ya ha quedado fijada la cuestión sobre la nulidad de la cláusula de elección de ley, por efecto de la cosa juzgada de la sentencia del tribunal inglés dictada el 15 de octubre de 2008. Es decir, solo en presencia de un consentimiento contractual válido y ante una cláusula de elección de ley inválida, tendría sentido (i) invocar la regla que somete al contrato a la ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos (art. 4.1 del Convenio), y (ii) cuestionarse si la presunción de que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que tenga que realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia, puede o no aplicarse a la vista del conjunto de las circunstancias del caso, en una valoración conjunta.

Como declaró la STJUE de 23 de octubre de 2014 (C-305/13, Haeger & Schmidt):

"47. Según resulta tanto del texto del artículo 4, apartado 2, del Convenio de Roma - precepto que dispone expresamente que lo

en él previsto se aplicará sin perjuicio del apartado 5 del mismo artículo -, como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la presunción de que se trata puede descartarse cuando concurren los requisitos previstos en ese mismo apartado 5 (véase, en este sentido, la sentencia ICF, EU:C:2009:617, apartados 63 y 64).

"48 De lo anterior se desprende que el juez deberá, en segundo lugar, determinar si, a la vista del conjunto de las circunstancias del litigio del que conoce, procede descartar o no la solución a la que haya llegado en aplicación del citado apartado 2. Con este fin, deberá proceder a comparar los lazos existentes entre el contrato y el país en el que la parte que realiza la prestación característica tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del contrato, por un lado, y entre el contrato y el otro país con el que aquél presente lazos estrechos, por otro lado.

"49 En efecto, el órgano jurisdiccional remitente debe llevar a cabo una apreciación global de la totalidad de los elementos objetivos que caracterizan la relación contractual y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos (véase, por analogía, la sentencia Schlecker, C-64/12, EU:C:2013:551, apartado 40) [...]".

9.- Con arreglo a la ley española aplicable, Petromiralles no prestó un consentimiento contractual válido para quedar vinculado, como contrato marco, por el documento "Terms of Business"

9.1. El "Terms" contenía un apartado 1.4 con el siguiente tenor:

"Commencement: This Agreement shall apply in addition to, and supplement, any existing or future Product Agreement(s), In the event of any conflict between the provisions of this Agreement and the terms of any Product

Agreement, the terms of the Product Agreement shall prevail. Subject to the above, this Agreement supersedes any previous agreement between us on the same subject matter and takes effect from 1 November 2007 when you signify your acceptance of this Agreement by placing an order on or after 1 November 2007, whether or not you have signed and returned the cover letter. You acknowledge that you have not relied on or been induced to enter into this Agreement by a representation other than those expressly set out in this Agreement. We will not be liable to you (in equity, contract or tort, under the Misrepresentation Act.1967 or any other law) for a representation other than a fraudulent misrepresentation, that is not set out in this Agreement or in a Product Agreement".

[Texto según la traducción aportada a las actuaciones:

"Efectividad. El presente Contrato se aplicará además de, y con carácter complementario a, los Contratos de productos futuros o existentes. En caso de que existiera alguna contradicción entre las disposiciones del presente Contrato y los términos de cualesquiera Contratos de productos, prevalecerán las condiciones establecidas en el Contrato de productos. Con sujeción a lo anterior, el presente Contrato reemplazará a los acuerdos previos formalizados entre nosotros sobre el mismo objeto y entrará en vigor el 1 de noviembre de 2007 una vez que manifieste su aceptación del presente Contrato mediante la realización de una orden el o después del 1 de noviembre de 2007, haya o no firmado y reenviado la carta de presentación. Reconoce que ni ha confiado ni se ha visto influenciado para formalizar el presente Contrato por una declaración distinta de las expresamente recogidas en el presente Contrato. No seremos responsables ante usted (en equidad, contractual o

extracontractualmente, en virtud de la Ley de Falsedad inglesa de 1967) por una declaración, a excepción de una manifestación dolosa, que no se estipule en el presente Contrato o en el Contrato de productos".]

9.2. La tesis de la sentencia de apelación, asumiendo la posición de la actora, consiste en afirmar que el correo remitido el 14 de febrero de 2008 por Adriana a Carmelo contenía una orden inequívoca, definitiva e incondicionada de cierre de la operación de los dos "acumuladores" y que esa orden comportaba también de forma implícita, conforme a la previsión de la transcrita condición del "Terms of Business", una aceptación tácita de éste como contrato marco.

Este planteamiento, sin embargo, encierra una aporía, pues asume una virtualidad ultra vires del "Terms" que no puede tener: la de presuponer que el "Terms" vincula ya a las partes incluso antes de su aceptación (expresa o tácita), de forma que un determinado comportamiento futuro de la parte adherente (los "Terms" fueron predispuestos por Barclays, sin margen de negociación alguno sobre sus términos, y estaba destinado a su incorporación y a integrar una multiplicidad de contratos), en concreto, la emisión de una orden de suscripción de cualquier producto financiero de los comprendidos en su ámbito, provocaría el concreto efecto jurídico previsto en el propio "Terms": vincular al emisor de la orden a la regulación contractual unilateralmente diseñada por el predisponente, al margen, de si ese comportamiento se realizó o no como expresión de la voluntad real de consentir esa vinculación contractual. Como muy bien observó el juez inglés en su sentencia de 15 de octubre de 2008, eso no es la esencia del consentimiento.

Dicho en otros términos: para que la emisión de una orden de suscripción de un determinado derivado o producto financiero provocase el efecto de dar efectividad al "Terms of Business" como un verdadero contrato marco jurídicamente vinculante sería preciso que previamente se hubiese perfeccionado dicho contrato, mediante la concurrencia del consentimiento de ambas partes sobre su objeto y causa (arts. 1091, 1258 y 1261 CC), de forma que la futura emisión de la orden actuaría como evento iniciador de la efectividad (producción de efectos) del contrato. Por eso, el encabezamiento del apartado 1.4., en su versión original inglesa, se introduce con la palabra " Commencement", que presupone no un medio de expresión del consentimiento contractual (este debe ser anterior), sino una determinación del momento en que comenzará la efectividad de esa reglamentación contractual predispuesta.

9.3. La perfección del contrato, siendo el contrato un negocio jurídico bilateral, se produce con la concurrencia del consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC). Y el consentimiento (art. 1262), con el concurso de las declaraciones de voluntad coincidentes y contrapuestas -oferta y aceptación- de las partes contractuales (sentencia 649/2010, de 2 de noviembre).

Como declaramos en la sentencia 58/2021, de 8 de febrero, en la vida de las relaciones contractuales se vienen distinguiendo tres fases: (i) la primera es la de formación o generación, que comprende los tratos preliminares y la información precontractual, que cada vez alcanza mayor relevancia principalmente en los contratos seriados; (ii) la segunda o de perfección, caracterizada por el encuentro del consentimiento de las partes en la asunción de la relación contractual. En este sentido, señala el art. 1262 del CC que el

contrato se perfecciona "por el concurso de la oferta y aceptación sobre la cosa y la causa" que han de constituirlo; y por último, (iii) la consumación, que requiere estén cumplidas las obligaciones dimanantes del contrato suscrito o dicho de otra forma, realizadas las prestaciones derivadas del mismo.

9.4. En el caso de la litis, respecto del "Terms of Business" no puede entenderse que se haya alcanzado la fase de la perfección del contrato, pues no se ha acreditado la existencia y validez del consentimiento de Petromiralles.

En primer lugar, porque el transcrito apartado 1.4, como hemos dicho, no puede tener una eficacia claramente exorbitante de generar efectos (determinar qué determinados comportamientos futuros tendrán determinados efectos jurídicos) antes de que el contrato haya nacido.

En segundo lugar, porque, como dijo la sentencia del tribunal inglés de 15 de octubre de 2008, respecto del documento remitido junto con el correo enviado por el Sr. Carmelo a la Sra. Felicísima el 14 de febrero de 2008 (en referencia al "Terms") "cualquiera podría fácilmente haberlos tomado como algo distinto de lo que, tras un análisis cuidadoso y una traducción al español, resultaron ser. Habría sido necesaria una traducción comprensiva del documento de 75 páginas y una detenida consideración del mismo para que dicho documento hubiera significado algo"; conclusión que justificó también en el hecho de que esas condiciones estaban en inglés (a pesar de que todas las negociaciones se habían realizado en español), en que "fueron enviados sin previa indicación de qué era lo que se enviaba y de la importancia que iba a tener [...] al miembro junior del equipo". Repárese en que la destinataria del correo (Sr. Felicísima) era una empleada del departamento financiero de Petromiralles, de

la que ninguna formación jurídica consta, y que la directora de ese departamento (Sra. Adriana) es economista. Aunque limitásemos el alcance del efecto de la cosa juzgada material de esa sentencia inglesa, en un sentido estricto, a las cláusulas de sumisión a la jurisdicción y a la legislación inglesa (al resultar compatible su nulidad con la validez hipotética del resto del contrato), el argumento transcrito proyecta también su fuerza lógica fuera de ese ámbito, dada la referencia genérica que hace la sentencia al conjunto del documento.

En tercer lugar, porque el "Terms" no se identificaba claramente como una oferta contractual firme, sino más bien como una propuesta preparatoria de un futuro contrato, por las siguientes razones:

1.º) El correo electrónico con el que se envió no identificaba ese documento como un contrato singular entre Barclays y Petromiralles, sino como el "contrato global que define el marco de relación de Barclays con sus clientes de cobertura", es decir como un modelo o formulario de contrato estándar, que se pudo tomar, pues, como un borrador o propuesta y no como una oferta en firme de contrato; en el mismo correo se alude a que el documento sirve para tener "una referencia de los derechos que os asisten a la hora de contratar cualquier tipo de opción y/o futuro con Barclays", y que "es una normativa internacional"; es decir, parece aludir más a una información sobre una normativa internacional de regulación de mercados que a una oferta de contrato.

2.º) El citado correo incorpora un pie de firma que identifica como remitentes a los Sres. Carmelo y Fernando, y a las entidades "Barclays Capital", con domicilio en Madrid, y "Blarclays Bank" con domicilio en Barcelona (en la carátula del "Terms", en caracteres de gran formato, aparece la identificación

Barclays Capital); en ningún momento se alude a que la intervención de esas entidades, con domicilio en España, fuese fiduciaria o intermediadora de la verdadera contraparte, un banco inglés con domicilio en Londres (Barclays Bank, PLC). Como declaramos en las sentencias 168/2014, de 31 de marzo, 559/2014, de 21 de octubre, y 329/2016, de 19 de mayo, sobre la representación:

"Mediante la representación, una persona actúa en nombre de otra para que los efectos de su gestión se produzcan directamente en la esfera jurídica del representado. Cuando esos efectos se generan en el funcionamiento de una relación jurídica bilateral es preciso, no sólo que el representante tenga poder, sino también que la otra parte sepa que se está relacionando jurídicamente con una persona distinta. Por ello se hace preciso que quién represente a otro -o, como sucede en el caso enjuiciado, quien actúa en la condición de órgano de una sociedad- deje constancia de que no está obrando "nomine proprio" sino "alieno", pues si no lo hiciera, lo normal es que la otra parte no lo sepa y, por lo tanto, no acepte la disociación entre quién actúa y quien va a recibir los efectos de la actuación -o, dicho con otras palabras, que entienda que éstos van a producirse directamente en la esfera de aquel con quien está tratando personalmente-".

Este hecho (actuación en la que se confunden las personalidades de la que parece ser matriz inglesa y las filiales españolas) resulta tanto más llamativo al observar cómo en el escrito de oposición al recurso, Barclays subraya la personalidad jurídica independiente de unas y otras. Así al combatir el motivo sexto de casación, sobre infracción de los arts. 1709 CC y 244 Ccom, al aplicar el saldo de la cuenta abierta a nombre de Petromiralles 3 SL (destinada a la compra de dólares) a una operación de compensación por el importe de

los supuestos daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, afirma que "el pretendido incumplimiento alegado por Petromiralles se habría producido por parte de Barclays Bank, SAU - no Barclays Bank, PLC, mi mandante - entidad absolutamente ajena al presente procedimiento".

3.º) El "Terms of Business" presenta, además, estas características: (i) después del índice del contenido y antes de la parte articulada - condiciones -, se incluye una leyenda con el siguiente contenido: "Proyecto de documentación estandarizada de la Asociación de Futuros y Opciones"; (ii) en el encabezamiento se menciona como entidades contratantes a: (a) una parte indeterminada ("usted") y (b) otra determinada por su denominación (Barclays Bank PLC y Barclays Capital Securities Limited); después, en el denominado "Módulo D", apartado 20.2, se menciona como dirección de comunicaciones respecto de Barclays Bank PLC un domicilio en Londres (Reino Unido) y un número de fax que comienza por el código/prefijo "+44", y respecto de la contraparte figuran en blanco tanto la dirección postal como en número de fax; (iii) en ninguna parte del documento se mencionan los datos de los respectivos representantes legales que actúen en nombre y por cuenta de los contratantes, ni sus respectivos datos registrales; y (iv) el documento no está fechado, ni contiene firma, rúbrica o sello alguno en ninguna de sus páginas.

La oferta contractual debe expresar con claridad su propósito de generar un vínculo o relación obligatoria, pues, como afirmamos en la sentencia 649/2010, de 2 de noviembre, la oferta es "la declaración de voluntad de una parte que hace a la otra proponiendo (ofertando) la celebración de un contrato del que concretan todos los elementos; declaración completa y firme".

A su vez, la aceptación, que puede expresarse por escrito o de palabra, de forma expresa o tácita, debe ser clara e inequívoca. Como precisamos en la sentencia 385/2001, de 20 de abril, al delimitar los requisitos del consentimiento contractual:

"Si bien puede prestarse [el consentimiento] por escrito o de palabra, de forma expresa o tácita, requiere que sea claro, terminante e inequívoco. La recepticia declaración de voluntad que supone la aceptación emitida por el destinatario de la oferta, manifestando su conformidad con la misma, requiere una correspondencia sustancial con la oferta [...]. La doctrina jurisprudencial ha negado la aceptación cuando se formulan modificaciones o se altera la propuesta o se la somete a condiciones - sentencias de 10 de octubre de 1962, 14 de marzo de 1973 y 7 de junio de 1986-.

"El requisito del consentimiento es un requisito esencial, cuya ausencia determina la nulidad - sentencia de 27 de febrero de 1997- y si es tácito ha de proceder de actos inequívocos - sentencias de 11 de noviembre de 1958, 3 de enero y 8 de febrero de 1964-. Finalmente, el conocimiento, acto receptivo que es indispensable para poder actuar, pues no se puede reaccionar contra lo desconocido o ignorado, no equivale al consentimiento, acto valorativo de manifestación expresa o tácita de la voluntad - sentencias de 26 de mayo y 7 de octubre de 1986 y 11 de julio de 1994-".

4.º) A todo lo anterior se añade el dato de que el contenido de la regulación proyectada y predispuesta por Barclays contiene diversas renunciaciones de derechos y manifestaciones de gravámenes patrimoniales. A modo de ejemplos, pueden citarse, además de las facultades de resolución, liquidación y compensación unilateral aplicadas por Barclays en este caso (condiciones 16 y 17), las

siguientes: no separación de fondos y garantías prendarias sobre los fondos del cliente (condición 7.1 y 2), inclusión entre los casos de incumplimientos el siguiente: "(k) Consideráramos necesario o deseable para nuestra propia protección o se adoptara una medida o sucediera un hecho que consideráramos que pudiera poseer un efecto adverso material sobre su capacidad para cumplir sus obligaciones contempladas en el presente contrato" (condición 15); facultad de modificación unilateral de los términos del contrato, incluso con variación sustancial, con un preaviso de diez días (condición 20); renuncia al derecho de indemnidad, incluyendo la renuncia con carácter irrevocable a toda clase de inmunidad en caso de litigios, jurisdicción de tribunales, recurso a medidas cautelares, ejecución de sentencias (condición 21), etc.

9.5. Como hemos declarado en la sentencia 471/2021, de 29 de junio, "la exigencia del carácter inequívoco del consentimiento tácito se refuerza cuando su consecuencia, en caso de estimarse como manifestación de una declaración de voluntad, es una renuncia de derechos". Y como afirmamos en las sentencias 337/2022, de 27 de abril, y 57/2016, de 12 de febrero, con cita de la anterior de 28 de enero de 1995:

"[...] la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos".

Doctrina jurisprudencial que resulta incompatible con la sentencia dictada por la

Audiencia Provincial al haber considerado que hubo un consentimiento contractual por parte de Petromiralles que dio lugar a un "Contrato Marco" jurídicamente vinculante.

10.- Consecuencias de la falta de consideración del "Terms of Business" como un contrato válido y vinculante entre las partes. Estimación de la demanda

10.1. Por todo ello, debemos concluir que el denominado "Terms of Business", en la medida en que pueda entenderse como una oferta contractual, no llegó a aceptarse y, por tanto, no se perfeccionó como un contrato vinculante entre las partes.

10.2. Como consecuencia de ello, en la medida en que la posterior actuación de Barclays de considerar que la falta de confirmación por parte de Petromiralles de las órdenes de suscripción de los "acumuladores" constituía un supuesto de incumplimiento contractual, por preverlo así el supuesto "Contrato Marco", y la aplicación de las consecuencias que para esa situación de incumplimiento se preveía en las condiciones de ese mismo "Contrato Marco", es decir, resolución unilateral de la relación jurídica, y liquidación y compensación igualmente unilateral con las posiciones deudoras de Barclays respecto de Petromiralles (en concreto por razón del saldo de la cuenta corriente abierta a nombre de la demandada en Barclays Bank), operaciones que quedan desprovistas de la base jurídica en que pretendían ampararse, debemos desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia, en sus propios términos.

(...)

[Ver documento](#)

SENTENCIA 1219/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO, CIVIL, DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2023

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos resolutorios del presente recurso de casación hemos de partir de los antecedentes siguientes:

1.1 La pretensión ejercitada en la demanda y la oposición de las codemandadas

Las entidades actoras Mapfre Global Risks y Red Eléctrica de España, S.A. interpusieron demanda contra Ferrovial Agromán, S.A., Azvi, S.A., y la compañía aseguradora de esta última Caser Seguros, S.A., con el fin de que se les condenase al abono del importe de la reparación de los daños ocasionados, el 3 de septiembre de 2010, en una de las fases de la línea trifásica soterrada, propiedad de Red Eléctrica, perforada por un diente de una pala excavadora, en el tramo que estaba llevando a cabo la UTE Chamartín T4, constituida por las mercantiles demandadas, de conexión del ferrocarril desde la estación de Chamartín a la T4.

Las demandadas Caser y Ferrovial opusieron, entre otras, la excepción de prescripción de la acción ejercitada; mientras que Azvi, S.A., fue declarada en rebeldía en primera instancia.

1.2 El proceso de primera instancia

Seguido el proceso, ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 96 de Madrid, por lo cauces del juicio ordinario 118/2017, finalizó el procedimiento por sentencia desestimatoria de la demanda al acogerse la excepción de prescripción opuesta.

En tal sentido se razonó que, al ejercitarse una acción civil de responsabilidad extracontractual al amparo del art. 1902 CC,

estaba sujeta al plazo de un año establecido en el art. 1968.2 de dicho texto legal. El día inicial del plazo prescriptivo coincide con la fecha del siniestro, esto es el 3 de septiembre de 2010, y comoquiera que la demanda se presentó el día 1 de febrero de 2017, la acción se hallaba prescrita. El documento n.º 7 de los aportados por la actora consistente en un acuse de recibo de un burofax enviado a la UTE Chamartín T4, el día 29 de noviembre de 2010, y posterior de 8 de noviembre de 2011 (documento n.º 8), no podían interrumpir la prescripción como reclamación extrajudicial, dado que el primero de ellos no contiene el texto de lo enviado a la parte demandada.

1.3 La sentencia de segunda instancia

Contra dicha sentencia se interpuso por las demandantes recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección novena de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el juzgado.

El tribunal partió de la base de que la cuestión de si ha prescrito la acción debe examinarse distinguiendo las reclamaciones a la UTE Chamartín T4 de las dirigidas a la aseguradora Caser. La razón para ello es la consideración de que nos encontramos ante un caso de solidaridad impropia en función de la cual la interrupción de la prescripción frente a las sociedades integrantes de la UTE no interrumpe la prescripción frente a la aseguradora, y las reclamaciones dirigidas a la compañía Caser no interrumpen, tampoco, la prescripción de la acción contra las integrantes de la UTE (Ferrovia Agromán, S.A., y Azvi, S.A.), como así resulta, se razonó, de la interpretación jurisprudencial de los artículos 1973 y 1974 del Código civil y de la doctrina de la STS 709/2016, de 25 de noviembre. Y tras transcribir la fundamentación de tal resolución añade:

"1) En relación con Ferrovia Agromán, SA y Azvi, SA, las únicas reclamaciones extrajudiciales que les dirigió la parte actora son las que constan en los documentos 7, 8 y 9 de la demanda. Son burofaxes dirigidos a la UTE Chamartín T4 en fechas respectivas 29/11/2010, 8/11/2011 y 5/11/2012. Aunque se admitiera el efecto interruptivo de la prescripción de tales burofaxes, es claro que desde el último de ellos hasta la presentación de la demanda el 1 de febrero de 2017 han transcurrido más de cuatro años, luego la acción está prescrita (artículo 1968.2º del Código civil).

"2) Respecto de la aseguradora Caser, las reclamaciones extrajudiciales que alega la parte actora son los correos intercambiados entre empleados de Mapfre y empleados de Caser que se aportaron como documento 10 de la demanda (con diversos apartados), que abarcan desde el 23 de octubre de 2013 (folio 136) al 3 de febrero de 2016 (folio 144). Desde que ocurrió el siniestro el 3 de septiembre de 2010 hasta esa primera reclamación a Caser el 23 de octubre de 2013 ha transcurrido igualmente plazo muy superior al año, luego esta acción también está prescrita, conforme al mismo artículo 1968.2º del Código civil".

1.4 Recurso de casación

Contra dicha sentencia las demandantes interpusieron el recurso de casación cuya decisión nos corresponde, en el que cuestionan la prescripción de la acción apreciada por la resolución del tribunal provincial.

SEGUNDO.- El motivo del recurso de casación

El motivo de casación se fundamenta en la inexistencia de prescripción de la acción, se cita como infringido el art. 1974 CC, y como doctrina jurisprudencial vulnerada la de las sentencias 865/2008, de 1 de octubre y 161/2019, de 14 de marzo.

El recurso no hace supuesto de la cuestión, pues, en su fundamento de derecho tercero en su apartado 1), la Audiencia señala que "son burofaxes dirigidos a la UTE Chamartín T4, en fechas respectivas 29/11/2010, 8/11/2011 y 5/11/2012" y añade "aunque se admitiera el efecto interruptivo de tales burofaxes", por lo tanto, no lo niega, "es claro que desde este último de ellos hasta la presentación de la demanda el 1 de febrero de 2017 han transcurrido más de cuatro años, luego la acción está prescrita"

En definitiva, el recurso plantea a esta sala un problema de derecho material o sustantivo, cita el precepto que se considera infringido, así como una jurisprudencia sobre la solidaridad en las reclamaciones de responsabilidad civil extracontractual y los efectos que desencadenan las reclamaciones extrajudiciales formuladas al asegurado con respecto a su compañía aseguradora.

Este tribunal ha elaborado la doctrina de las causas absolutas y relativas de inadmisibilidad, fijada en el auto del pleno de esta Sala 1ª de 6 de noviembre de 2013 (recurso 485/2012), asumida en resoluciones posteriores como las sentencias 577/2015, de 5 de noviembre; 667/2016, de 14 de noviembre; 292/2017, de 12 de mayo; o más recientemente 142/2021, de 15 de marzo; 629/2021, de 27 de septiembre; 658/2021, de 4 de octubre; 843/2021, de 9 de diciembre; 283/2022, de 4 de abril, o 1032/2022, de 23 de diciembre, entre otras muchas. Según tal doctrina:

"[...] puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo del recurso, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En

tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia (sentencias 667/2016, de 14 de noviembre, con cita de la 439/2013, de 25 de junio; 2/2017, de 10 de enero y 149/2017, de 2 de marzo)".

No concurren pues los motivos de inadmisión alegados.

TERCERO.- Estimación del recurso

El recurso debe ser estimado, toda vez que la sentencia del tribunal provincial hace una interpretación de la solidaridad y de los vínculos existentes entre la compañía de seguros demandada y el asegurado causante del daño, que no coincide con la jurisprudencia de esta Sala en tanto en cuanto considera que la interrupción de la prescripción llevada a efecto contra Azvi S.A., como integrante de la UTE Chamartín T4, no produce efectos con respecto a su compañía aseguradora Caser.

En efecto, para la decisión del recurso es necesario distinguir sendos planos. El primero de ellos, es el que deriva de la existencia de un contrato de seguro, conforme al cual la interrupción de la prescripción mediante reclamación extrajudicial contra el asegurado afecta directamente a la aseguradora, puesto que ésta debe hacer honor al compromiso adquirido con su cliente de garantizarle la indemnidad patrimonial por mor de los daños causados a terceros dentro de los límites del contrato suscrito (arts. 73 y 76 LCS). El otro nace de las reclamaciones extrajudiciales practicadas, exclusivamente, contra la compañía de seguros, y su efecto de interrupción de la prescripción de la acción que compete a la víctima frente a los causantes del siniestro.

Con respecto a este segundo plano de la cuestión controvertida, hemos señalado en la sentencia de pleno 332/2022, de 27 de abril, que las reclamaciones extrajudiciales dirigidas únicamente contra la compañía de seguros no producían los efectos de interrumpir la prescripción de la acción contra el asegurado dada la opción elegida por el perjudicado. Y así en la precitada resolución señalamos que:

"En la sentencia del pleno de esta sala 503/2017, de 15 de septiembre, dijimos que no podía producir efectos interruptivos de la prescripción para el asegurado la reclamación extrajudicial dirigida exclusivamente frente a su aseguradora.

"Y en la sentencia, también de pleno, 321/2019, de 5 de junio, realizamos, recordando los hitos más relevantes de la doctrina jurisprudencial sobre la acción directa, entre otras, las siguientes declaraciones: (i) que es una acción autónoma e independiente de la que puede tener el perjudicado frente al asegurado; (ii) que implica un derecho propio, sustantivo y procesal, del perjudicado frente al asegurador; (iii) y que este derecho del tercero a exigir del asegurador la obligación de indemnizar no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño, lo que significa que el perjudicado tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones diferentes: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76 LCS).

"Tratándose de acciones, derechos y obligaciones diferentes no hay razón para concluir que las reclamaciones extrajudiciales

que se dirigen tan solo a la aseguradora con efectos interruptivos de la prescripción frente a ella, cuya responsabilidad es directa, deban producir los mismos efectos interruptivos también frente al asegurado".

En consecuencia, es correcta la sentencia de la audiencia provincial cuando considera prescrita la acción contra Ferrovial Agroman, máxime cuando entre esta entidad y la compañía de seguros Caser no existen vínculos contractuales de clase alguna, por lo que las reclamaciones dirigidas a la aseguradora no pueden afectar a dicha codemandada, como tampoco interrumpen la prescripción de la acción contra Azvi, S.A., en virtud de la doctrina jurisprudencial antes citada. En consecuencia, la acción se encuentra prescrita en relación con ambas demandadas.

Por el contrario, debemos dar la razón a las recurrentes en lo que concierne a la acción directa entablada contra Caser, S.A., puesto que los burofaxes dirigidos a la UTE, en la que se encontraba integrada Azvi, asegurada en dicha compañía, sí interrumpen la prescripción con respecto a Caser, S.A., como así lo declaramos en las sentencias 865/2008, de 1 de octubre y 161/2019, de 14 de marzo, citadas en el recurso de casación, así como, posteriormente, en las sentencias 171/2021, de 26 de marzo, 129/2022, de 11 de febrero y 294/2022, de 6 de abril.

Y así, en esta última sentencia, dijimos que:

"1.- Tradicionalmente, la jurisprudencia consideraba que la reclamación hecha a un deudor solidario interrumpía la prescripción respecto a todos, sin necesidad de que hubiera existido un requerimiento específico a cada deudor solidario, pues se entendía que la obligación es solidaria desde que existe, desde que se produce el daño, siendo la sentencia declarativa y no constitutiva de la

obligación. No obstante, a partir del Acuerdo del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003, se distinguió, a estos efectos, entre solidaridad propia e impropia, en los siguientes términos:

""El párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal, sin que pueda extenderse al ámbito a la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente".

"2.- Conforme a la jurisprudencia dictada con posterioridad a ese Acuerdo de Pleno, como la solidaridad no nace de un vínculo preexistente, sino del acto ilícito productor del daño, en virtud de la sentencia que así lo declara, los actos interruptivos operan individualmente respecto a las personas frente a quienes se han ejercitado y no respecto a las demás, por lo que no es aplicable el art. 1974.I CC.

"3.- Sin embargo, esta jurisprudencia, que es en la que parece basarse la sentencia recurrida, no es aplicable al caso, puesto que no es predicable respecto de las relaciones entre asegurado y asegurador, como han declarado las sentencias 161/2019, de 14 de marzo, y 171/2021, de 26 de marzo.

"La entidad aseguradora no concurre con su conducta a la producción del daño, sino que asegura su cobertura merced al contrato de seguro, hasta el punto de que el perjudicado, conforme al art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), puede demandar solamente a la aseguradora y no al asegurado, causante y origen del daño.

"4.- Como recuerda la sentencia 129/2022, de 21 de febrero:

""En esta clase de seguros [de responsabilidad civil], si no existe responsabilidad civil en el asegurado, de manera tal que su patrimonio pueda verse afectado en virtud de un título de imputación jurídica que implique deba hacerse cargo de un daño (art. 1911 CC), no puede haber responsabilidad de la compañía aseguradora; pues declararlo así implicaría que el daño discurriera por derroteros distintos a los contemplados por las partes a la hora de contratar el seguro. No puede existir una responsabilidad por la mera asegurabilidad, de forma que la existencia de una póliza de seguro dé amparo a reclamaciones de daños fuera de la órbita de la ley y del contrato, como exige el art. 73 de la LCS para la operatividad de la cobertura objeto del proceso".

"En consecuencia, si la responsabilidad de la aseguradora, que se exige mediante la acción directa, tiene como presupuesto la responsabilidad del asegurado, la reclamación extrajudicial a éste también interrumpe la prescripción respecto de la aseguradora, conforme a la previsión contenida en el art. 1974.I CC".

CUARTO.- Asunción de la instancia y estimación del motivo

No podemos aceptar, por lo tanto, la tesis sustentada por la sentencia del tribunal provincial, en tanto en cuanto priva de eficacia a las reclamaciones extrajudiciales practicadas mediante los burofaxes dirigidos contra la codemandada Azvi, S.A., al entrar en colisión con la doctrina jurisprudencial antes transcrita.

Hemos de partir de la consideración previa de que la prescripción es una institución que, no fundada en principios de estricta justicia sino en la presunción de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho, determina que su aplicación por los tribunales deba ser

cautelosa y restrictiva (SSTS 877/2005, de 2 de noviembre; 134/2012, de 27 de febrero; 623/2016, de 20 de octubre; 708/2016, de 25 de noviembre, 721/2016, de 5 de diciembre; 326/2019, de 6 de junio; 279/2020, de 10 de junio, y 751/2021, de 2 de noviembre, entre otras muchas).

En el caso que nos ocupa, producido el siniestro el 3 de septiembre de 2010, la prescripción es interrumpida, sucesivamente, por los burofaxes de 29/11/2010, 8/11/2011 y 5/11/2012, dirigidos contra la UTE, en la que está integrada la asegurada Azvi, S.A., bajo un régimen de responsabilidad solidaria, como consta en la cláusula cuarta de la escritura de constitución de la UTE de 20 de febrero de 2007, en la que se establece, bajo el epígrafe participación:, que "Los comparecientes aceptan, según intervienen para sus respectivas representaciones la responsabilidad solidaria e ilimitada de todas y cada una las obligaciones que asuma la Unión Temporal de Empresas", y en el artículo 15, intitulado solidaridad, consta que: "Las empresas de la Unión Temporal responderán solidaria e ilimitadamente por los actos y operaciones en beneficio común".

Es el juzgado de primera instancia quien rechaza otorgar efectos interruptivos a la reclamación por medio del burofax de fecha 29 de noviembre de 2010, mientras que la sentencia de la audiencia no le niega expresamente tal eficacia.

Como se señala por las demandantes dicho burofax debe considerarse como reclamación de la presente deuda extracontractual.

En efecto, en el aviso del servicio de Correos consta que fue dirigido a la UTE T4 (Ferrovia Agromán y Azvi), que se envió a las 12:23:09 horas del indicado día, y que se recibió a las 17:01 horas siguientes.

Es cierto que, por error, la carta remitida por tal vía se dirigía a la UTE T4 Cercanías, pero en ella se reseña el lugar y el concreto tramo en que se produjo el siniestro, con lo que fácil les resultaba a las demandadas deducir que se trataba de las obras por ellas ejecutadas y que, por lo tanto, de las que debían responder, no en vano el burofax se les envió a su dirección y a su nombre, con la finalidad transcrita de que sirviese como reclamación a los efectos del art. 1973 del CC.

En las ulteriores reclamaciones efectuadas ya se suple dicha equivocación, con referencia al mismo tramo de la línea de transporte de energía eléctrica en que supuestamente se causó el daño.

El documento número cuatro aportado en la audiencia previa explica dicho error y como, tras la contestación de la UTE Cercanías T4, se dirigió la reclamación contra la UTE T4 (Ferrovia Agromán y Azvi), formada por las demandadas, mediante el burofax de 29 de noviembre de 2010, al tomar constancia de la entidad responsable, aunque se remitió, con dicho burofax, la carta en que se hacía referencia a aquélla otra unión temporal.

Las otras reclamaciones posteriores ya contenían carta referente a la UTE Chamartín. Los burofaxes se enviaron a la dirección facilitada por la UTE Cercanías, y, además, el primero de ellos fue entregado y aceptado por la UTE Chamartín T4 constituida por las demandadas, con lo que difícilmente cabe cuestionar dicha dirección. Con respecto a los otros burofaxes se optó por no recogerlos, lo que no puede perjudicar a las demandantes (sentencias 1172/1994, de 24 de diciembre y 142/2020, de 2 de marzo, entre otras).

Por lo tanto, las reclamaciones extrajudiciales de 29/11/2010, 8/11/2011 y 5/11/2012, dirigidas a la UTE de la que forma parte Azvi, S.A., interrumpen el plazo de prescripción de

la acción formulada contra la compañía aseguradora de ésta última Caser Seguros, S.A., y las otras reclamaciones extrajudiciales dirigidas ya directamente contra Caser producen tales efectos exclusivamente contra la precitada compañía de seguros en virtud del conjunto argumental antes expuesto.

Hemos manifestado, por ejemplo, en la sentencia 972/2011, de 10 de enero de 2012, cuya doctrina reproduce la más reciente sentencia 541/2021, de 15 de julio, que:

"Para que opere la interrupción de la prescripción, es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho, de forma que se identifique claramente el derecho que se pretende conservar, la persona frente a la que se pretende hacerlo valer y que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto que provoca la interrupción exige no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización (SSTS 13 de octubre de 1994, RC n.º 2177/1991, 27 de septiembre de 2005, RC n.º 433/1999, 12 de noviembre de 2007, RC n.º 2059/2000, 6 de mayo de 2010, RC n.º 1020/2005), y su acreditación es carga de quien lo alega".

Pues bien, el burofax de 29 de noviembre de 2010 iba dirigido a las demandadas y fue recibido por éstas, aportaba datos de la reclamación que se efectuaba e identificaba claramente el concreto tramo en que se produjeron los daños y en qué consistieron, por lo que no podían albergar dudas de que la reclamación se realizaba contra ellas, aunque por error figurarse en la carta UTE T4, Cercanías; por último, también se reseñaba que se enviaba el burofax para interrumpir la prescripción.

El mencionado artículo 1973 del CC no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción, por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin; con lo que se puede afirmar que esta cuestión puede plantear un problema de prueba de la existencia de la reclamación y de su fecha, en este caso inexistente, pero no un problema de forma (sentencias 97/2015, de 24 de febrero y 541/2021, de 15 de julio, entre otras).

La validez del burofax como medio de interrupción de la prescripción fue reconocida, por ejemplo, en la sentencia 647/2023, de 3 de mayo, entre otras, como también "el intercambio de correspondencia por cartas" (SSTS 877/2005, de 2 de noviembre y 142/2020, de 2 de marzo, las cuales citan a su vez las sentencias de 16 de marzo de 1961, 22 de septiembre de 1984, 12 de julio de 1990, 21 de noviembre de 1997 y 21 de marzo de 2000), y, por lo tanto, también mediante correo electrónico (STS 704/2016, de 25 de noviembre).

Por lo tanto, la acción no está prescrita contra la aseguradora, aunque sí con respecto a las otras mercantiles demandadas.

QUINTO.- Consecuencias de la estimación del recurso

Procede la devolución de las actuaciones a la Audiencia para que dicte la sentencia correspondiente, como así hemos resuelto en casos similares al presente, como en la STS 62/2018, de 5 de febrero, en que indicamos:

"Al considerar esta Sala que no existe la prescripción que ha sido apreciada por la sentencia impugnada, procede casar la sentencia recurrida y devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que, teniéndose por interpuesta la demanda en tiempo, se resuelva sobre las pretensiones formuladas en la misma. Así se ha acordado en sentencias

como la 285/2009, de 29 abril (dictada por la sala en pleno al resolver Recurso 325/2006 por considerar procedente en tal caso "devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por extinguida ni caducada, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas (...)", teniendo en cuenta que "otra solución distinta traería consigo que la casi totalidad del asunto quedara privada de la segunda instancia y esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba".

En el mismo sentido, SSTS 899/2011, de 30 de noviembre; 721/2014, de 17 de diciembre; 97/2015, de 24 de febrero; 623/2016, de 20 de octubre; 710/2018, de 18 de diciembre, 161/2019, de 16 de marzo o más recientemente 985/2023, de 20 de junio, entre otras.

Lógicamente la sentencia de la audiencia ha de partir de la base de que la acción ha prescrito con respecto a las demandadas Ferrovial Agromán, S.A., y Azvi, S.A.

(...)

[Ver documento](#)

SENTENCIA 1227/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO, CIVIL, DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2023

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

1.1. Schweppes International Limited es titular, entre otras, de las siguientes marcas españolas:

a) la núm. 171232 (meramente denominativa "Schweppes"), concedida el 26 de febrero de 1948, para identificar productos de la clase 32 ("aguas carbónicas artificiales");

b) y la núm. 2.907.078 (mixta con la denominación "Schweppes"), concedida el 26 de abril de 2010, para identificar productos de la clase 32 ("cervezas; aguas minerales y gaseosas y otras bebidas no alcohólicas; bebidas y zumos de frutas; siropes y otras preparaciones para hacer bebidas") y de la clase 33 ("bebidas alcohólicas, con excepción de cervezas"):

Para ver la imagen [pulse aquí](#).

Schweppes, S.A., entidad integrada en el grupo Schweppes, es licenciataria de estas dos marcas.

1.2. La marca Schweppes en la comercialización de botellas de tónica comenzó en el Reino Unido y luego se extendió por el mundo. Nació bajo el control de un único propietario y así permaneció durante largo tiempo. Cadbury Schweppes era la titular de todas las marcas Schweppes registradas en el Espacio Económico Europeo (EEE). Tras un intento de compra de la totalidad de las marcas Schweppes por parte de Coca Cola, que fue impedido por las autoridades europeas de la competencia, en 1999, Cadbury Schweppes vendió a Coca Cola/Atlantic Industries la titularidad de la marca Schweppes para algunos países de la UE, entre ellos Reino Unido, reservándose la titularidad de otras, como las registradas en España.

A resultas de lo anterior, se ha producido una fragmentación de la marca Schweppes, pues desde 1999 concurren el grupo Schweppes

Orangina y el grupo Coca Cola como titulares de la marca Schweppes en diversos estados dentro y fuera del Espacio Económico Europeo (EEE):

a) La entidad inglesa Schweppes Limited (Orangina) es titular de las marcas Schweppes en España y en los siguientes países: Austria, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Italia, Polonia, Portugal, Eslovaquia, España y Suecia, además de en Noruega.

b) Y el grupo Coca Cola es, desde 1999, titular de las marcas Schweppes en Reino Unido, en otros países dentro del EEE (Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovenia, Estonia, Grecia, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Reino Unido, Rumania, Islandia) y fuera del EEE (Albania, Bielorrusia, Ucrania, Rusia, Serbia y Turquía).

1.3. El precio de la tónica en España es más elevado que el fijado para Portugal, Italia, Alemania u Holanda, donde la titularidad también es de Schweppes Limited, y que en Reino Unido, donde es de Coca Cola. Así consta en el siguiente cuadro:

Para ver la imagen [pulse aquí](#).

1.4. Pigazos, S.L., que actúa en el sector de la compraventa y distribución de productos de alimentación, bebidas y tabaco, ha adquirido botellines de tónica Schweppes con origen en Reino Unido (de Coca Cola Enterprise Ltd.) a una empresa española radicada en Barcelona, Carbóniques Montaner, S.L. (en la actualidad, Red Paralela BCN, S.L.), y por un importe total de 151.920,16 euros. Estos botellines fueron a su vez comercializados a otras entidades dentro del mercado español.

2. Más tarde, Schweppes, S.A. interpuso una demanda contra Pigazos, S.L. por infracción de las dos reseñadas marcas nacionales (núms. 171232 y la 2.907.078) y solicitó no sólo la

declaración de infracción, sino también la condena de la demandada a la cesación de la conducta infractora, la destrucción y remoción de efectos, así como la indemnización de daños y perjuicios.

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda, al entender que la demandada había adquirido los botellines de tónica con la marca Schweppes de un distribuidor oficial dentro del Espacio Económico Europeo y, por lo tanto, apreció el agotamiento de los derechos de marca del art. 36 LM, conforme a la interpretación dada por la STJUE de 20 de diciembre de 2017.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandante Schweppes, S.A. y la Audiencia desestima el recurso. La sentencia de apelación confirma que ha existido un agotamiento de la marca incorporada a esos botellines de tónica, de acuerdo con el art. art. 36 LM y la STJUE de 20 de diciembre de 2017:

"(...) se ha acreditado la existencia de indicios suficientes para considerar que la titular de las marcas, de las que la actora es licenciataria en exclusiva en España, ha promovido activamente la apariencia de una marca global y única, y que consecuentemente, resulta, en aplicación de lo dispuesto en los preceptos mencionados de la LM así como el art. 7 apartado 1, de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, que el derecho a oponerse a la comercialización de dichos productos de origen en el Reino Unido en nuestro País no existe ante el agotamiento de la marca, debiendo por ello desestimar el recurso interpuesto y confirmar la resolución recurrida".

Para llegar a esta conclusión, la Audiencia trae a colación lo que concluyó al respecto la STJUE

de 20 de diciembre de 2017, en su apartado 55:

"Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, ha de responderse a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/95, a la luz del artículo 36 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que impide que el titular de una marca nacional se oponga a la importación de productos idénticos designados con la misma marca y procedentes de otro Estado miembro, en el que esta marca, que pertenecía inicialmente al mismo titular, es actualmente propiedad de un tercero que ha adquirido los derechos relativos a la misma mediante cesión cuando, tras esta cesión,

"- el titular, solo o coordinando su estrategia de marca con ese tercero, ha seguido promoviendo activa y deliberadamente la apariencia o la imagen de una marca global y única, creando o reforzando de este modo una confusión en el público pertinente en cuanto al origen empresarial de los productos designados con ésta,

"- existen vínculos económicos entre el titular y dicho tercero, en el sentido de que coordinan sus políticas comerciales o se conciertan para ejercer un control conjunto sobre el uso de la marca, de modo que tienen la posibilidad de determinar directa o indirectamente los productos en los que figura dicha marca y de controlar su calidad".

Y confirma lo que declara acreditado la sentencia de primera instancia:

"(...) nos hallamos ante una marca universalmente conocida y antigua, que tras la división de la titularidad de la marca entre dos grupos empresariales distintos, el titular de la marca cuya licencia ostenta la actora sola o en coordinación con el Grupo Coca-Cola, ha seguido promoviendo deliberadamente la

imagen de marca global y única, generando confusión en los consumidores en cuanto al origen empresarial de los productos designados con esta marca, como sostiene la demandada.

"Y ello es así, al entender acreditado que "el signo distintivo de la marca es idéntico en los productos con distinto origen empresarial, lo que genera una permanente confusión en los consumidores sobre dicho origen, como se reconoce expresamente en la demanda. En los productos de la demandada se enfatiza igualmente el origen británico del producto, con expresiones como "Original Indian Tonic" (folio 14 de la contestación), haciéndose referencia a la receta original de Jacob Schewepe de 1.783, con lo que parece ser su firma impresa en los productos, dentro de un sello circular a modo de certificado de origen. (Folio 15 de la contestación). Lo anterior, por sí solo, no implica que se haya promovido una imagen global de la marca, pues como señala la propia sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 "42. En este contexto, debe señalarse, no obstante, que no puede resultar suficiente a este respecto la mera circunstancia de que, tras la cesión, el titular siga evocando el origen geográfico histórico de las marcas paralelas nacionales, aunque no sea ya el titular de los derechos correspondientes al territorio en cuestión y pretenda que se prohíba la importación de los productos designados con estas marcas procedentes del citado territorio". Sin embargo tal circunstancia concurre con otras que sí justifican que no se ha realizado esfuerzo alguno para que la marca de la que es titular la demandante haya cumplido su función de diferenciación de los productos elaborados por el grupo Coca-Cola. Así, basa el Juzgador su decisión en las siguientes circunstancias: -La presentación de los productos es prácticamente idéntica sin que permita al consumidor el poder diferenciar

sobre el producto teniendo en cuenta su procedencia, -La imagen de la marca es prácticamente idéntica; - El diseño de la web de Schweppes Limited, y la información que dicha web proporciona al usuario de la página, página que ofrece una imagen global y única de la marca con independencia de la procedencia del producto o el origen del mismo. Por ello y conforme a las consideraciones que el propio Juzgador relata en su sentencia, concluye el mismo que se dan los requisitos exigidos en la conclusión 1ª de la sentencia del TJUE, en cuanto que:

"1ª.- Existe previamente una imagen de marca global o única, que posteriormente se convirtió en dos marcas paralelas.

"2ª.-Tras la creación de las dos marcas paralelas los titulares de las mismas, o en cualquier caso SIL, ha continuado desarrollando una actividad tendente a mantener esa imagen de marca global y única.

"3ª.-Tal actividad ha sido deliberada, por los motivos más arriba expuestos. Y,

"4ª.-Tal actividad ha reforzado la confusión en los consumidores sobre el origen empresarial. De hecho es dudoso que los consumidores sepan de la existencia de dos marcas paralelas Schweppes, teniendo en cuenta las coincidencias en los productos, presentación de los mismos, el logo de la marca, colores utilizados, utilización de expresiones que aluden a la creación de la marca en 1783 y a un determinado origen geográfico, como si continuara siendo la misma, y la apariencia que se da en la página web del grupo empresarial de la demandante de la existencia de una única marca global".

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandante Schweppes, S.A. ha formulado recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de once motivos, y

recurso de casación, articulado en ocho motivos.

SEGUNDO. Motivos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto del recurso extraordinario por infracción procesal

1. Formulación de los motivos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Analizamos conjuntamente estos cinco primeros motivos que impugnan el uso que la sentencia de apelación ha hecho de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona (sentencia núm. 84/2018, de 9 de abril de 2018, dictada en el juicio ordinario 774/2014F).

1.1. El motivo primero se formula al amparo del art. 469.1.4ª LEC, sobre vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en particular el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24. Y a continuación se especifica en qué consiste la infracción denunciada:

"La infracción consiste en la indefensión causada a Schweppes, S.A. en particular por la vulneración del principio de contradicción, en la medida en que Schweppes, S.A. ha sido privada de su derecho a alegar y probar lo que considerase oportuno con respecto de los hechos probados en otro procedimiento judicial (en concreto, el procedimiento 774/2014 F del Juzgado Mercantil 8 de Barcelona), los cuales fueron alegados por primera vez por Pigazos en su oposición al recurso de apelación y reproducidos en la sentencia recurrida -sin que Schweppes, S.A. haya podido defenderse de esas alegaciones- a pesar de que la prueba en base a la cual el Juzgado de lo Mercantil 8 fijó los hechos probados en dicho procedimiento no ha sido practicada en los presentes autos y que la misma no ha podido ni ser valorada por las partes a los efectos oportunos, ni valorada por la Audiencia Provincial de Zamora de

conformidad con el principio de inmediación, máxime teniendo en cuenta que la valoración realizada por el Juzgado Mercantil 8 de Barcelona ha sido revocada por la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona por considerar que los indicios obrantes en los autos 774/2014 F eran insuficientes e irrelevantes a los efectos de determinar la existencia del agotamiento de los derechos de Schweppes, S.A. en el sentido fijado por el TJUE en la sentencia Schweppes.

1.2. El motivo segundo se formula al amparo en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, "por la vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia dispuestas en el art. 216 LEC -relativo al principio de justicia rogada-, en relación con el art. 282 LEC, así como de las normas dispuestas en el art. 218.1 LEC, en la medida en que la sentencia recurrida incurre en incongruencia extra petita y vulnera el principio de rogación del proceso, al alterar la causa petendi de las partes, y, en particular, los hechos que sirven como razón del presente procedimiento debido a que incorpora a la contienda hechos deducidos de otro procedimiento judicial que no obran en los autos, infringiendo su obligación de acatar la base fáctica aportada por las partes en sus escritos rectores y no alterar la relación de hechos integradores de la causa petendi de las partes".

1.3. El motivo tercero se formula al amparo del ordinal 3º del art. 469.1 LEC, por vulneración del art. 428 LEC, relativo a la fijación de los hechos controvertidos. Y a continuación se especifica en que consiste la infracción:

"La infracción consiste en que la sentencia recurrida incorpora al objeto de la controversia la existencia de acuerdos y vínculos económicos entre el Grupo Schweppes y el Grupo Coca-Cola, a pesar de que la potencial existencia de los vínculos

económicos entre dichos grupos empresariales fue expresamente excluida de la controversia por las partes en el transcurso de la audiencia previa celebrada el día 2 de junio de 2016. De este modo, la Audiencia Provincial de Zamora ha alterado el objeto de la controversia fijado por las partes, así como los hechos sobre los que las partes mostraron conformidad, causando una clara indefensión a Schweppes, S.A., en la medida en que, al haberse excluido la existencia de vínculos económicos entre el Grupo Schweppes y el Grupo Coca-Cola del debate sobre la existencia de agotamiento de los derechos de Schweppes(r), a Schweppes, S.A. ha sido privada de la posibilidad de defenderse respecto de este hecho, no sólo por no haber podido realizar alegaciones que considerase oportunas, sino también porque no ha podido solicitar la práctica de prueba sobre este extremo que la sentencia considera controvertido".

1.4. El motivo cuarto se formula al amparo del ordinal 3º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 136 LEC, en relación con el art. 405 LEC, porque la sentencia recurrida reproduce y acepta tener en cuenta los hechos dados por probados en la sentencia núm. 84/2018 del Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona de fecha 9 de abril de 2018 (procedimiento 774/2014F), de conformidad con lo alegado por Pigazos en su escrito de oposición al recurso de apelación para acreditar la existencia de agotamiento del derecho, a pesar de que no es el cauce legal oportuno para introducir al debate elementos nuevos, toda vez que esta posibilidad le precluyó a Pigazos con la contestación a la demanda, que era el momento procesal oportuno para alegar los indicios que consideraba relevantes con respecto del agotamiento de los derechos de Schweppes, S.A., mientras que la proposición de prueba sobre los mismos le precluyó en la audiencia previa. El hecho de

que la sentencia recurrida haya cogido todas las pretensiones esgrimidas extemporáneamente por Pigazos en su oposición al recurso de apelación produce una efectiva indefensión a Schweppes, S.A. vulnerándose su derecho a la defensa e igualdad de partes, dado que los hechos nuevos aducidos por Pigazos en la segunda instancia no han podido ser debidamente contrarrestados por Schweppes, S.A. mediante la proposición de prueba contradictoria".

1.5. El motivo quinto se formula al amparo del ordinal 3º del art. 469.1 LEC, por la vulneración del art. 286 LEC, porque la sentencia recurrida admite los nuevos elementos fácticos por Pigazos sobre el agotamiento del derecho, en base a los hechos que el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona dio por probados en la sentencia núm. 84/2018, de 9 de abril de 2018 (procedimiento 774/2014F), sin que Pigazos haya alegado dichos hechos mediante el correspondiente escrito de ampliaciones de hechos, con la correlativa fase contradictoria que conlleva. Y añade a continuación:

"Dejando al margen que los hechos alegados por Pigazos no son hechos nuevos ni de nueva noticia en aras a la LEC, y que habría por lo tanto tenido que alegar los mismos en nuestra instancia, Pigazos no ha alegado las circunstancias fácticas deducidas del procedimiento frente a Red Paralela mediante el correspondiente escrito de ampliación, por lo que la admisión de estos hechos por parte de la Audiencia Provincial de Zamora como relevantes supone una clara vulneración del derecho a la defensa de Schweppes, S.A., así como del principio de contradicción, en la medida en que se ha visto privada de la posibilidad prevista por el artículo 286.2 y 286.3 LEC de formular alegaciones, aclarando o desvirtuando los mismo, así como de la

posibilidad de proponer y practicar la prueba pertinente y útil para acreditar los motivos por los cuales los hechos dados por probados por el Juzgado de lo Mercantil 8 de Barcelona no es correcta".

2. Resolución de la Sala. Procede desestimar estos motivos por las razones que exponemos a continuación.

Los cinco motivos centran su impugnación en el uso que la sentencia de apelación ha hecho de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona (sentencia núm. 84/2018, de 9 de abril de 2018, dictada en el juicio ordinario 774/2014F), porque se han tenido en cuenta los hechos allí constatados de forma indebida y sin dar oportunidad a su contradicción; y porque suponen la alteración de la causa petendi (causa de pedir) del presente pleito, e incluyen cuestiones excluidas del litigio en la audiencia previa.

La sentencia fue aportada con el escrito de oposición al recurso de apelación. Propiamente, no se discute ahora la procedencia de la aportación e inclusión en los autos de este documento (la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona), en virtud del art. 271.2º LEC.

El art. 271 LEC, al regular la preclusión definitiva de la presentación de documentos, incluye una excepción a la regla aplicable al caso:

"1. No se admitirá a las partes ningún documento, instrumento, medio, informe o dictamen que se presente después de la vista o juicio, sin perjuicio de lo previsto en la regla tercera del artículo 435, sobre diligencias finales en el juicio ordinario.

"2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha

no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso".

Lo resuelto en la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona, como veremos a continuación, podía resultar decisivo para resolver el presente litigio. Es cierto que en aquel momento esa sentencia no era firme y que poco después fue revocada por la Audiencia de Barcelona (al realizar una valoración jurídica de los hechos diferente), pero también lo es que acabamos de confirmar la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona, al estimar la casación interpuesta frente a la sentencia de la Audiencia de Barcelona.

3. La relevancia de esa sentencia del Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona radica en que lo allí resuelto, ahora ya firme, tiene un efecto vinculante, en cierto modo prejudicial, respecto del presente litigio.

La sentencia del Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona ha desestimado las acciones de infracción marcaría ejercitadas por Schweppes, S.A., licenciataria de las marcas españolas 171.232 (meramente denominativa "Schweppes") y 2.907.078 (mixta con la denominación "Schweppes"), frente a Red Paralela, S.L. y Paralela BCN, S.L. (antes Carbóniques Montaner, S.L.), por las botellas de tónica Schweppes importadas de Reino Unido y comercializadas luego en España en el periodo de tiempo comprendido entre 2009 al 2014. El motivo de la desestimación de la demanda es que respecto de esas botellas, la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona entiende que ha habido un agotamiento de los derechos de marca, porque tras la fragmentación de la marca Schweppes en los países del EEE, la titular de la marca en España ha realizado una conducta tendente a reforzar la imagen de marca global

y única, con la consiguiente confusión entre el público relevante sobre el origen empresarial de los productos identificados con la marca.

Se da la circunstancia de que, en el presente procedimiento, Schweppes, S.A. ha ejercitado también acciones de infracción de las mismas marcas españolas (núms. 171.232 y 2.907.078) frente a Pigazos, S.L., por actos de comercialización de botellas de tónica Schweppes provenientes de Reino Unido, antes del 13 de diciembre de 2013, y que habían sido adquiridas de Carbóniques Montaner, S.L. (en la actualidad Red Paralela). Esto es: los actos de infracción de las marcas de Schweppes, S.A. que se imputan a Pigazos, S.L. se refieren a unas botellas de Schweppes que formaban parte de aquellas respecto de las que se ejercitaron las acciones de infracción de las mismas marcas frente a Red Paralela, que se desestimaron porque el tribunal ha apreciado el agotamiento de los derechos de marca.

De tal forma que el previo pronunciamiento, ahora firme, que ha desestimado las acciones de infracción frente a Red Paralela por agotamiento de los derechos de marca respecto de las botellas de Schweppes provenientes de Reino y comercializadas en España, produce un efecto prejudicial en el presente caso, pues parte de esas botellas son las que se vendieron a Pigazos, S.L., y respecto de cuya comercialización posterior se ejercitaba la acción de infracción marcaría. Si en relación con la comercialización de esas mismas botellas de Schweppes (además de otras) por Red Paralela se han desestimado las acciones de infracción marcaría porque se ha apreciado el agotamiento de los derechos de marca, también respecto de los actos posteriores de comercialización por Pigazos, S.L., que adquirió las botellas de Red Paralela, opera el mismo efecto de agotamiento de marca.

La sentencia ahora recurrida ha asumido las mismas razones que llevaron al Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona a apreciar el agotamiento de los derechos de marca. Una vez firme, lo acreditado y declarado allí al respecto produce un efecto vinculante en el presente caso, al margen de si algunos de los hechos acreditados en el pleito resuelto por el Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona habían sido expresamente aducidos en el presente procedimiento. Lo esencial es que Pigazos, S.L., frente a las acciones de infracción marcaria, excepcionó el agotamiento del derecho de marca y en un pleito que ha acabado resolviéndose de forma definitiva antes se ha apreciado expresamente ese mismo efecto de agotamiento de los derechos marcarios esgrimidos respecto de las mismas botellas de tónica Schweppes.

4. Este efecto prejudicial forma parte del que la jurisprudencia de esta sala califica de efecto reflejo o indirecto, distinto de la eficacia de cosa juzgada material en sentido positivo, como advertimos en la sentencia 384/2022, de 10 de mayo.

La jurisprudencia de esta sala, recuerda la sentencia 473/2017, de 20 de julio, "admite que, además de la cosa juzgada en sentido positivo, las sentencias firmes puedan producir en un ulterior proceso un efecto distinto, conocido como efecto "indirecto o reflejo", que es el que deriva de contener la afirmación de un hecho destinado a integrar el supuesto de una relación jurídica en la que es parte un tercero y constituye la materia de un posterior proceso". La justificación de este efecto vinculante se encuentra en la sentencia 307/2010, de 25 de mayo:

"La jurisprudencia de esta Sala 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 (...). Este criterio se funda en que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el principio de seguridad jurídica y con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE (STC 34/2003, de 25 de febrero)".

5. En consecuencia, no se aprecia ninguna de las vulneraciones denunciadas en estos cinco primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO. Motivo sexto del recurso extraordinario por infracción procesal

1. Formulación del motivo. El motivo de formula al amparo del ordinal 3º del art. 469.1.2º LEC, por vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia dispuestas en el art. 216 LEC -relativo al principio de justicia rogada- así como de las normas dispuestas en el art. 218.1 LEC, "dado que la sentencia recurrida incurre en incongruencia extra petita, al alterar las conclusiones alcanzadas por el perito D. Luis Manuel en el informe pericial aportado como documento 25, sin que las conclusiones alternativas alcanzadas por la Audiencia de Zamora hubieran sido alegadas por Pigazos, con clara indefensión y vulneración de los principios de contradicción y de defensa, en la medida en que, al haber sido introducidas de oficio por el Juzgado de primera instancia en la sentencia, Schweppes no pudo rebatir las conclusiones alternativas alcanzadas que no fueron objeto de debate entre las partes".

En el desarrollo del motivo alega que el informe del perito Luis Manuel llegó a la conclusión de que el grupo Schweppes

actuaba con transparencia, dado que la versión inglesa de la página web de Schweppes International Limited permitía a los consumidores tener conocimiento de que en Reino Unido el titular de la marca es el Grupo Coca Cola. Y estas conclusiones del perito no fueron impugnadas, ni puestas en tela de juicio por Pigazos, S.L.

2. Valoración de la Sala. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

En primer lugar, porque el motivo parte de un presupuesto erróneo, pues la circunstancia de que a su juicio no haya existido una impugnación explícita de las conclusiones alcanzadas por el perito Luis Manuel (que el grupo Schweppes actuaba con transparencia, dado que la versión inglesa de la página web de Schweppes International Limited permitía a los consumidores tener conocimiento de que en Reino Unido el titular de la marca es del Grupo Coca Cola) no equivale necesariamente a su aceptación por parte de Pigazos, S.L., y no impide que esa valoración pericial sea contrastada por el tribunal con el resto de las pruebas. Y, en cualquier caso, no obsta que, como consecuencia del reseñado efecto prejudicial provocado por la sentencia firme del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, el agotamiento de los derechos de marca respecto de las botellas de Schweppes comercializadas por Red Paralela se extiende a la posterior comercialización de algunas de esas botellas por Pigazos, S.L.

CUARTO . Motivos séptimo, octavo, noveno, décimo y undécimo del recurso extraordinario por infracción procesal

1. Formulación de los motivos. Los cinco motivos se fundan en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC y denuncian error patente en la valoración de la prueba.

1.1. El motivo séptimo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Según explica a continuación:

"La infracción consiste en un error patente y evidente en la valoración de la prueba (el cual resulta directamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales), al declarar la sentencia recurrida que (i) existen dos mensajes en los que Schweppes se estaría apropiando en las redes sociales del territorio inglés, como si fuera propio, y que (ii) Schweppes, S.A. no ha aportado prueba relevante a los efectos de demostrar que dichos mensajes son una excepción (...). Sin embargo, dicha valoración, que sirve de base en la sentencia recurrida para determinar que los derechos de Schweppes, S.A. se han agotado, resulta errónea, dado que (i) solamente consta en los autos un único mensaje controvertido publicado por el Grupo Schweppes (y no dos como se afirma en la sentencia), y que (ii) consta en los autos un total de tres tweets, aportados por Schweppes, S.A. en los que queda acreditado que el mensaje controvertido es un error, y que la regla general es que Grupo Schweppes trata de informar a los usuarios de las redes sociales sobre la titularidad de la marca en Reino Unido. La infracción denunciada provoca una clara indefensión a Schweppes, S.A. que ha sido privada de su derecho fundamental a un debido proceso, que es el derecho a un proceso justo, dado que la sentencia recurrida no ha basado su decisión en las pruebas relevantes que obran en los autos".

1.2. El motivo octavo también se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, sobre vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la CE, en particular el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del

artículo 24 CE. Y a continuación se explicita en qué consistiría la infracción:

"La infracción consiste en un error patente y evidente de la valoración de la prueba (el cual resulta inmediatamente verificable de forma incontrovertida a partir de las actuaciones judiciales), en la medida en que la sentencia recurrida manifiesta que la existencia del contrato de licencia en el territorio holandés (en el que el titular de la marca, Schweppes International Limited, colabora con el Grupo Coca-Cola para el embotellamiento de los productos de la marca Schweppes(r) en dicho territorio) no es susceptible de justificarse por el hecho de que en dicho territorio solamente existen dos empresas embotelladoras, dado que "si ambas empresas son aguerridas contrincantes y competidoras en la UE, tal como afirma la actora, la lógica hubiera hecho que se le hubiera encargado a la otra embotelladora la colaboración y comercialización del producto y no a aquellas con la que compite aguerridamente" (Fundamento séptimo). Dicha circunstancia, que sirve como base para que la sentencia recurrida considere que los derechos de Schweppes, S.A. se han agotado, resulta errónea, dado que la prueba practicada en autor, y en particular la testifical del legal representante de Schweppes International Limited, D. Juan Ramón, permite acreditar que Schweppes International Limited colaboró con otra sociedad embotelladora (Heineken) en el pasado, si bien por vicisitudes comerciales tuvo que acudir a la única empresa alternativa que existía en el mercado holandés en aquel momento, que es el Grupo Coca-Cola. La infracción denunciada provoca una clara indefensión a Schweppes, S.A. que ha sido privada de su derecho fundamental a un proceso justo, dado que la sentencia recurrida no se basa en la prueba practicada en el procedimiento".

1.3. El motivo noveno también se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC sobre vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la CE, en particular el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Y a continuación se explicita en qué consistiría la infracción:

"La infracción consiste en un error patente y evidente de la valoración de la prueba (el cual resulta inmediatamente verificable de forma incontrovertida a partir de las actuaciones judiciales), en relación con la configuración de la página web de Schweppes International Limited alojada en el dominio - <http://www.schweppes.com>-, al declararse en la sentencia recurrida que a partir de esta página web (i) se permite "pinchar en los diferentes continentes, sin duda para ofrecer una imagen global de marca multinacional"; (ii) se puede pinchar en los territorios europeos en los que la marca corresponde en exclusiva al Grupo Coca-Cola, entre los que se encuentra Reino Unido; (iii) al pinchar en el Reino Unido, "se abre un enlace que redirige a la página web de Schweppes de Grupo Coca-Cola en Reino Unido, es decir se abandona la página web de Grupo Schweppes para entrar en la de Grupo Coca-Cola, siendo la primera imagen la de la marca Schweppes sobre fondo amarillo, de forma absolutamente coincidente con la marca con la presentación de la página web -www.schweppes.com-, reflejando una imagen global de la marca", sin que se pudiera entender que "por el grupo empresarial de la demandante se permita acceder desde su propia página web a la publicidad de Schweppes del Grupo Coca-Cola sin informar en modo alguno al usuario de esa circunstancia, si no es porque lo que se pretende es precisamente ofrecer al consumidor dicha imagen global de marca" (Fundamento de derecho sexto). Dicha circunstancia que sirve como base para que la sentencia recurrida considere que los

derechos de Schweppes, S.A. se ha agotado resulta errónea, dado que en la prueba practicada en los autos (en particular del informe pericial elaborado por Luis Manuel), consta acreditado que desde la página web - www.schweppes.com- (i) el usuario solamente puede pinchar en los países en los que Schweppes International Limited es titular de la marca, no existiendo la posibilidad de pinchar en el resto de los países mostrados en el listado, los cuales corresponden a aquellos territorios donde la marca Schweppes(r) pertenece a Grupo Coca-Cola; y (ii) no se puede, por lo tanto, acceder a la página web de Reino Unido del Grupo Coca-Cola desde la web schweppes.com. La infracción denunciada provoca una clara indefensión a Schweppes, S.A. que ha sido privada de su derecho fundamental a un proceso justo, dado que la sentencia recurrida no se basa en la prueba practicada en el procedimiento".

1.4. El motivo décimo también se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC sobre vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la CE, en particular el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Y a continuación se explicita en qué consistiría la infracción:

"La infracción consiste en un error patente y evidente de la valoración de la prueba (el cual resulta inmediatamente verificable de forma incontrovertida a partir de las actuaciones judiciales), en la medida en que la sentencia recurrida, a la hora de afirmar que las similitudes entre las marcas y presentación de los productos Schweppes(r) por parte del Grupo Schweppes y del Grupo Coca-Cola muestran la existencia de una promoción de imagen de marca global en los términos definidos por el TJUE, además de ser un "indicio de la existencia de algún vínculo entre los titulares de las marcas paralelas sobre la

existencia de políticas comerciales o control conjunto en el uso de la marca, no en vano existe acuerdo entre ellos en el reparto territorial realizado y zonas de comercialización de la marca por cada una de ellas, como se recoge en uno de los hechos tenidos por probados" (Fundamento de derecho sexto). Dicha circunstancia, que sirve de indicio para apreciar la existencia de vínculos económicos entre ambos grupos para la explotación de la marca Schweppes(r) en el sentido fijado por la Sentencia del TJUE del asunto Schweppes resulta errónea, dado que la prueba practicada en los autos, y en particular el documento núm. 20 (y alegaciones realizadas en el juicio oral), demuestra que el reparto territorial de la marca Schweppes(r) es consecuencia de la actividad de las autoridades de la competencia y no de la existencia de un acuerdo o vínculos económicos entre los dos grupos empresariales. La infracción denunciada provoca una clara indefensión a Schweppes, S.A. que ha sido privada de su derecho fundamental a un debido proceso, que es el derecho a un proceso justo, dado que la sentencia recurrida toma en consideración, para considerar la existencia de vínculos entre ellos, una circunstancia que es consecuencia de la actividad de las autoridades de competencia y no de los actuales titulares de la marca en la Unión Europea".

1.5. El motivo undécimo también se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC sobre vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la CE, en particular el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Y a continuación se explicita en qué consistiría la infracción:

"La infracción consiste en un error patente y evidente de la valoración de la prueba (el cual resulta inmediatamente verificable de forma

incontrovertida a partir de las actuaciones judiciales), en la medida en que La Audiencia de Zamora considera que la prueba obrante en los autos permite apreciar la existencia del agotamiento del derecho en los términos fijados por el TJUE en la sentencia Schweppes (en concreto en el apartado 40), a pesar de que consta en los autos que la marca Schweppes(r), tal y como está siendo utilizada en el mercado por el Grupo Schweppes y por el Grupo Coca-Cola, es una marca histórica que se encontraba registrada muchos años antes de la escisión de la marca".

2. Valoración de la Sala. Procede desestimar los cinco motivos por las razones que exponemos a continuación.

También respecto de estos cinco motivos, que se refieren a la valoración de la prueba, las infracciones denunciadas resultan irrelevantes si tomamos en consideración el reseñado efecto prejudicial de lo resuelto por la sentencia firme del Juzgado de lo mercantil de Barcelona 8. Como ya hemos explicado, una vez ratificada por este tribunal, en su sentencia 1222/2023, de 13 de septiembre, que respecto de la comercialización de botellas de Schweppes por Red Paralela durante los años 2013 y 2014, provenientes de Reino Unido, se habían agotado los derechos de marca de Schweppes International Limited y su licenciataria Schweppes, S.A., las posteriores comercializaciones en España de esas botellas también se encuentran afectadas por el agotamiento de marca.

QUINTO. Recurso de casación

1. Formulación de los motivos. El motivo primero denuncia "la infracción del art. 36.1 LM (sobre la excepción de agotamiento del derecho conferido por la marca), por la existencia de un interés casacional suscitado por la aplicación e interpretación del Derecho

de la UE en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia fijada en la novedosa sentencia Schweppes del TJUE, en la que se prevé un nuevo requisito para valorar si es de aplicación la doctrina del agotamiento del derecho conferido por la marca en supuestos de marcas fragmentadas, profundizando en la jurisprudencia del TJUE existente hasta la fecha en la materia (...)". Según el recurrente, "la novedad del requisito introducido por el TJUE, en relación con la promoción deliberada de una imagen de marca global y única, hace necesario que el Tribunal Supremo ajuste su jurisprudencia en la materia y se vuelva a pronunciar sobre la aplicación del agotamiento del derecho conferido por la marca en supuestos de marcas fragmentadas, en base a la nueva interpretación de la norma proporcionada por la nueva sentencia del TJUE en el asunto Schweppes, con el fin de garantizar que los órganos nacionales apliquen de forma uniforme y homogénea la nueva doctrina del TJUE y, a la postre, una mayor seguridad jurídica para los titulares de derechos de marcas fragmentadas".

El motivo segundo también denuncia la infracción del art. 36.1 M, y en este caso funda el interés casacional en la existencia de resoluciones contradictorias de las Audiencias Provinciales en aplicación de la doctrina sobre el agotamiento del derecho conferido por la marca, y, en particular, sobre la marca Schweppes(r) en España, como consecuencia de la comercialización de productos identificados con esta marca que han sido fabricados en el Reino Unido por el grupo Coca Cola.

El motivo tercero también denuncia la infracción del art. 36.1 M, en relación con los arts. 34.2.b) LM y el art. 4 bis LOPJ, "por la existencia de interés casacional fundado en la palmaria infracción de la sentencia

Schweppes del TJUE, al declarar que el órgano europeo habría fijado unos concretos factores para considerar la existencia de un control único o de vínculos económicos determinantes del agotamiento en el presente asunto a pesar de que el TJUE no lo ha fijado". En concreto la Audiencia argumentó lo siguiente:

"Asimismo, se realizan en la meritada sentencia, una serie de consideraciones sobre la carga de la prueba y la dificultad que supone para un tercero demostrar la existencia de tales vínculos, por lo que hace referencia a una serie de factores que pueden servir para considerar "prima facie" la existencia de control único o de vínculos económicos, como pueden ser los antecedentes de la marca, los acuerdos comerciales entre los titulares de marcas paralelas relativos a la explotación de las mismas y a la fabricación y control de calidad de los productos, la identidad de los productos que revisten las marcas, el mantenimiento de una imagen global, la existencia de mecanismos que permitan asegurar la calidad y uniformidad de los productos, el hecho de que los titulares de las marcas paralelas procedan de forma coordinada y sincronizada a su explotación, la utilización de unos mismos canales de distribución o la existencia de acuerdos comerciales entre los diferentes titulares. Además de valorar que la percepción del consumidor que no es capaz de distinguir el distinto origen empresarial de los productos es otro elemento a tener en cuenta para hablar de la existencia de control único".

Según el recurrente, "al considerar que dichos factores pueden servir para determinar la existencia de vínculos económicos, la sentencia recurrida se opone frontalmente a la sentencia Schweppes del TJUE en la medida en que recoge dichos factores, sino que se limita a señalar, en el apartado 46, que dicho

requisito se cumple cuando "los titulares de esas marcas coordinan sus políticas comerciales o se conciertan para ejercer un control conjunto sobre el uso de dichas marcas, de modo que tienen la posibilidad de determinar directa o indirectamente los productos en los que figura la marca y de controlar su calidad". Por consiguiente, contrariamente a lo afirmado por la sentencia recurrida, ni los "antecedentes de la marca", ni la existencia de "identidad de productos que revisten las marcas, el mantenimiento de una imagen global", ni "el hecho de que los titulares de las marcas paralelas procedan de forma coordinada y sincronizada en su explotación", ni "la utilización de unos mismos canales de distribución" y ni "la percepción del consumidor que no es capaz de distinguir el distinto origen empresarial de los productos" son factores a los que hace referencia el TJUE para determinar la existencia de vínculos económicos, existiendo una clara confusión en la sentencia recurrida sobre el requisito de vínculo económico y de imagen de marca global junto con otros conceptos del derecho de marcas, como es el riesgo de confusión como motivo de infracción de marcas".

El motivo cuarto también se basa en la "infracción del art. 36.1 LM, en relación con el art. 4 bis LOPJ, por la existencia de interés casacional fundado en la infracción y vulneración de la doctrina jurisprudencial fijada por el TJUE en las sentencias de 30 de noviembre de 2004 (asunto C-16/03, Peak Holding), apartados 52 y 53; de 23 de abril de 2009 (asunto C-59/08, COPAS), apartado 42; de 15 de octubre de 2009 (asunto C-423/08, Makro) apartados 19 y 22; de 20 de noviembre de 2001 (asunto C-414/99, Zino Davidoff) apartado 46; en la medida en que la sentencia recurrida considera relevante para valorar la existencia del agotamiento de los derechos de Schweppes, S.A. "que Schweppes International Limited no se opone en otros

países como Francia o Alemania a que se comercialicen productos de origen inglés y a la venta por internet sin distinción del origen", oponiéndose frontalmente a la citada jurisprudencia europea, según el cual la renuncia del titular de su derecho exclusivo de prohibir a terceros importar y comercializar productos designados con su marca (y por ende la aplicación de la doctrina del agotamiento del derecho conferido por la marca) no puede resultar de un simple silencio del titular de la marca".

El motivo quinto se funda en la "infracción del art. 6.1 (principio de territorialidad de la marca) y 6.3 (principio de independencia de la marca) del Convenio de la Unión de París (CUP), en relación con el art. 4 bis LOPJ por la infracción de la sentencia del TJUE de 22 de junio de 1994 (asunto C-9/93), por la existencia de interés casacional fundado en la infracción del principio de territorialidad e independencia de la marca reconocido por los tribunales internacionales y por la jurisprudencia invocada por el TJUE, en la medida en que la sentencia recurrida reprocha a Schweppes, S.A. la existencia de similitudes e identidades entre las marcas Schweppes(r) españolas de Schweppes International Limited y las marcas inglesas Schweppes(r) de Grupo Coca Cola, utilizando esta circunstancia para privarle de sus derechos exclusivos sobre dicha marca en España, a pesar de que las marcas nacionales españolas de Schweppes International Limited son derechos territoriales independientes de los derechos de Grupo Coca Cola en otros países y que el sistema de marca nacional permite la existencia en distintos territorios nacionales de marcas idénticas o que induzcan los consumidores a confusión, sin que las mismas tengan necesariamente el mismo origen empresarial".

El motivo sexto vuelve a fundarse en la "infracción del art. 36.1 LM, en relación con el art. 34.2.b) LM así como del art. 4 bis LOPJ, por la existencia de interés casacional fundado en la palmaria infracción de la sentencia Schweppes del TJUE, dado que la sentencia recurrida yerra al determinar que la existencia de un riesgo de confusión sobre la procedencia empresarial de los productos Schweppes(r) fabricados y comercializados por el Grupo Schweppes y el Grupo Coca Cola en sus respectivos territorios supone, sin más requisitos o condiciones, la concurrencia del agotamiento del derecho de Schweppes, S.A. en España. Dicha conclusión infringe la sentencia del TJUE Schweppes, dado que en principio la existencia de un riesgo de confusión en el consumidor supone la existencia de una infracción de la marca, y la existencia de la infracción solamente podrá ser exceptuada en caso de que se acredite que los derechos del titular de la marca se han agotado y que la confusión producida en los consumidores es fruto de una actividad deliberadas del titular para impedir a los consumidores identificar correctamente el origen empresarial de los productos en el sentido fijado en el apartado 40 de la sentencia recurrida".

El motivo séptimo vuelve a denunciar la infracción del art. 36.1 LM y funda el interés casacional en la "necesidad de establecer jurisprudencia sobre la interpretación del vocablo "solo" del requisito fijado por vez primera por la sentencia del TJUE Schweppes (apartado 40), en vista de las dificultades interpretativas que supone para la aplicación de la doctrina del agotamiento del derecho, en la medida en que el hecho de permitir que al conducta aislada de un titular de marca debidamente registrada en otro territorio de la Unión pueda ser susceptible de privar a otro titular de una marca, registrada en otro territorio, de los derechos exclusivos

conferidos por la misma supone la exigencia de un comportamiento activo de prevención del debilitamiento de la función indicadora del origen de la marca fragmentada con origen común en territorios en los que no tiene cobertura registral, y a la postre, donde carece de mecanismos para ejercer los derechos conferidos por el derecho nacional de otro Estado miembro".

El motivo octavo se funda en la infracción de los arts. 42.2 y 43.2 b) LM, por la existencia de un interés casacional fundado en la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo fijada en las sentencias 351/2011, de 31 de mayo, y de 6 de junio de 2011, en virtud del cual el criterio indemnizatorio de la regalía hipotética se configura como un supuesto de enriquecimiento injusto. La sentencia recurrida, según el recurso, se aparta de esta jurisprudencia, al considerar que la condena a Pigazos de pagar los daños y perjuicios, en caso de ser estimada la demanda, supondría una "duplicidad en la reclamación, al coincidir, en parte, con la pretensión económica deducida en el procedimiento judicial seguido en Barcelona frente a la distribuidora Red Paralela BCN, antes Carbónicas Muntaner, al ser de dicha entidad de quien se adquirieron las tónicas distribuidas por la demandada", a pesar de que el criterio indemnizatorio de la regalía hipotética implica que procederá automáticamente la condena al pago de una indemnización (restitución al titular del dinero que injustamente se ha ahorrado el infractor al usar la marca sin su autorización).

2. Desestimación de los motivos. Procede desestimar todos los motivos de casación por el carácter vinculante que la sentencia de esta sala 1222/2023, de 13 de septiembre, provoca respecto de la resolución del presente recurso.

La sentencia 1222/2023, de 13 de septiembre al estimar el recurso de casación frente a la

sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, confirmó la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, que apreció el agotamiento de los derechos de marca respecto de las botellas de tónica Schweppes adquiridas por Red Paralela en el Reino Unido, donde la marca Schweppes pertenece al grupo Coca Cola, para ser comercializadas en España, durante el periodo de tiempo comprendido entre 2009 y 2014. Además de la incidencia de la interpretación y aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia dictada al resolver la cuestión prejudicial formulada por el reseñada Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona en aquel caso (STJUE de 20 de diciembre de 2017), lo resuelto, ahora de forma firme, en aquel caso condiciona la resolución de este otro recurso de casación (RC 675/2020) formulado frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, pues la acción de infracción de la marca se ejercitó en relación con unos botellines de tónica Schweppes, adquiridos por Pigazos de Red Paralela, respecto de los que ya estaría agotado el derecho de las marcas Schweppes de Schweppes, S.A. Ese agotamiento de los derechos de marca se extiende a los actos de comercialización posteriores, en este caso, los realizados por Pigazos y respecto de los que fue demandada, razón por la cual debe confirmarse la estimación de la excepción de agotamiento de marca contenida en la sentencia recurrida. A la vista de lo anterior, los motivos aducidos en casación carecen de relevancia.

(...)

[Ver documento](#)

RESOLUCIÓN DE 24 DE JULIO DE 2023, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA, EN EL RECURSO

INTERPUESTO CONTRA LA CALIFICACIÓN NEGATIVA EMITIDA POR LA REGISTRADORA MERCANTIL Y DE BIENES MUEBLES II DE GRANADA, EN RELACIÓN CON UNA ESCRITURA DE REDUCCIÓN DE CAPITAL DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (BOE DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2023)

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. El debate que en este expediente se sustancia gira en torno al patrón cuantitativo conforme al que haya de fijarse la reserva indisponible que, en caso de reducción de capital por restitución de aportaciones, puede constituirse para, en los términos previstos en el artículo 332 de la Ley de Sociedades de Capital, sustituir el régimen de responsabilidad solidaria de los reembolsatarios establecido en el artículo 331 del mismo texto legal.

En el caso examinado, el supuesto de hecho lo constituye una reducción de capital realizada en ejecución de un acuerdo social de adquisición por compraventa de participaciones propias, por un precio superior al valor nominal, en la que se decide la constitución de una reserva temporalmente indisponible en los términos del artículo 332 de la Ley de Sociedades de Capital por el mismo importe en que se minora el capital social, es decir, por la suma de los valores nominales de las participaciones amortizadas como culminación del procedimiento.

A criterio de la registradora, según la formulación más rematada incluida en el informe, el importe de la reserva debería coincidir con el «recibido por el socio saliente en concepto de reembolso», expresión con la que parece referirse al precio obtenido en la compraventa. El recurrente, por el contrario, considera que la reserva compensatoria debe

constituirse por el valor nominal de las participaciones amortizadas.

2. Entre los casos permitidos de adquisición de participaciones propias, el artículo 140.1.b) de la Ley de Sociedades de Capital incluye las efectuadas en ejecución de un previo acuerdo de reducción de capital, sin distinguir en ese lugar el título por el que vaya a tener lugar la atribución patrimonial, ya sea oneroso o lucrativo.

El artículo 141 del mismo texto legal, al regular el deber de amortizar o enajenar las participaciones propias en el plazo máximo de tres años, incluye una regla especial para las adquisiciones que no comporten restitución de aportaciones del siguiente tenor: «Cuando la adquisición no comporte devolución de aportaciones a los socios, la sociedad deberá dotar una reserva por el importe del valor nominal de las participaciones amortizadas, la cual será indisponible hasta que transcurran cinco años a contar desde la publicación de la reducción en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”, salvo que antes del vencimiento de dicho plazo hubieran sido satisfechas todas las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros». Como ha señalado la Resolución de este Centro Directivo de 4 de noviembre de 2022, confirmando la doctrina sentada por las de 11 de mayo de 2017 y 22 de mayo de 2018, a efectos de la disciplina del capital, la reducción llevada a cabo tras la adquisición de participaciones a título oneroso por una contraprestación con la finalidad de amortizarlas debe sujetarse al régimen de las producidas por restitución de aportaciones y, en consecuencia, observar el sistema de protección de acreedores recogido en los artículos 331 a 333 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, lo que viene a disciplinar el pasaje legal transcrito es una situación no contemplada en el régimen

general de la reducción de capital recogido en los artículos 317 a 342 de la Ley de Sociedades de Capital, el de la causada por amortización de posiciones de socio cuando han sido adquiridas a título gratuito, y lo hace conminando a la dotación de una reserva indisponible, en los términos que el propio pasaje ordena, cuya misión es compensar la minoración del patrimonio vinculado que la reducción de capital comporta con la creación de otra adscripción del mismo importe cuya intensidad el legislador estima suficiente para neutralizar tal quebranto.

Así las cosas, a diferencia de lo que manifiesta la registradora en su calificación, cuando la amortización comporte la restitución de aportaciones, procede la aplicación al caso de los artículos 331 a 333 de la Ley de Sociedades de Capital, consecuencia directa de su subsunción en el supuesto de hecho de tales reglas, y no propiciada por una laguna legal que deba colmarse mediante la analogía.

3. Centrada la discusión en el montante con que debe constituirse la reserva indisponible que, con arreglo al artículo 332 de la Ley de Sociedades de Capital, permite excluir la responsabilidad solidaria de los socios reembolsatarios por las deudas sociales, conviene recordar que el artículo 332.1 dispone que se constituirá «con cargo a beneficios o reservas libres por un importe igual al percibido por los socios en concepto de restitución de la aportación social».

En relación con un supuesto semejante, y con referencia a análoga regulación contenida entonces en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (artículo 80.4), la Resolución de esta Dirección General de 16 de noviembre de 2006 ya consideró que tal «reserva debe constituirse únicamente por un importe equivalente al valor nominal de las participaciones amortizadas», apostillando que «constituye communis opinio que, al referirse el artículo 80 (actual artículo 332.1 de la Ley de Sociedades de Capital) al importe de lo “percibido en concepto de restitución de la aportación social” como límite de la responsabilidad de los socios perceptores y como quantum de la reserva indisponible, no cabe sino entender que se refiere al importe

equivalente al valor nominal de las participaciones amortizadas, toda vez que se trata de garantizar a los acreedores la existencia de una responsabilidad o vinculación de elementos patrimoniales equivalente a la cifra del capital anterior a la reducción cualquiera que fuera el patrimonio social». Este criterio ha sido ratificado en las Resoluciones de 26 de abril de 2013, 10 de mayo de 2017, 22 de mayo de 2018 y 11 de junio de 2020.

(...)

[Ver documento](#)