

ANUARIOS

2024 Práctica Contenciosa para abogados

Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2023 de los grandes despachos

• *Albors Galiano Portales* • *Andersen* • *Baker McKenzie* • *Baylos* • *Broseta* • *Ceca Magán* • *Clifford Chance* • *CMS Albiñana & Suárez de Lezo* • *Cuatrecasas* • *Deloitte Legal* • *Dikei* • *Ejaso* • *Elzaburu* • *Freshfields* • *Garrigues* • *Gómez-Acebo & Pombo* • *Hogan Lovells* • *Muñoz Arribas* • *Ontier* • *PwC Tax & Legal* • *Ramón C. Pelayo Abogados* • *RRBS Legal* • *Uría Menéndez* • *Villar Arregui*

© Autores Varios, 2024

© LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.

LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

<https://www.aranzadilaley.es>

Primera edición: junio 2024

Depósito Legal: M-11358-2024

ISBN versión impresa: 978-84-19905-74-1

ISBN versión electrónica: 978-84-19905-75-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.

Printed in Spain

© **LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendój), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendój es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

RELACIÓN DE TRABAJOS POR DESPACHOS COLABORADORES

1. ALBORS GALIANO PORTALES

- 1.1. La defensa de la fuerza mayor con base en condiciones meteorológicas adversas en el ámbito de la responsabilidad de la administración, por Javier PORTALES RODRÍGUEZ y Borja Manuel HERÍAS FERNÁNDEZ 37

2. ANDERSEN

- 2.1. Cláusulas penales insertas en contratos de riesgo compartido: legitimación, alcance y moderación, por Íñigo RODRÍGUEZ-SASTRE FERNÁNDEZ-GORUGEDO e Ignacio DEL BARRIO HERNÁNDEZ..... 57

3. BAKER MCKENZIE

- 3.1. Ilícitud concurrencial de la creación de una sociedad competidora por parte de los administradores sociales, por Antonio MORALES PLAZA, Marta FLORES SEGURA, Carmen ALONSO CÁNOVAS y Celia LÓPEZ CARMONA 79

4. BAYLOS

- 4.1. La marca eslogan y el vía crucis para su registro ante la Oficina de Propiedad Intelectual de la UE: cara o cruz, por David GÓMEZ y Patricia GUILLÉN..... 101
- 4.2. Luces y sombras de un nuevo análisis sobre singularidad competitiva y principio de libre imitación al amparo del artículo 11.2 de la Ley de Competencia Desleal, por David GÓMEZ y Morgan SCHAAF..... 121

5. BROSETA

- 5.1. Facultad de desistimiento en la compraventa de inmuebles por falta de financiación (artículo 621-49 CC-CAT), por Ramón VALLS DOMÍNGUEZ..... 143

6. CECA MAGÁN ABOGADOS

- 6.1. Aplicación de la ley española por no resultar de aplicación las condiciones generales que establecían la sumisión al derecho alemán, por Jesús CARRASCO y Pablo HERNÁNDEZ..... 165
- 6.2. Imprudencia de la indemnización sobre daños que no se hayan materializado todavía, derivados de la eventual depreciación del valor de unos inmuebles, cuando no se aprecia además responsabilidad civil extracontractual, por Antonio VALMAÑA CABANES..... 181

7. CLIFFORD CHANCE

- 7.1. La cuestión prejudicial en el inicio del procedimiento principal: cómo se trasladó el terreno de juego a Luxemburgo en el Caso Superliga, por Fernando IRURZUN MONTORO, Fernando GIMÉNEZ-ALVEAR GUTIÉRREZ-MATURANA y Laura GARCÍA-VALDECASAS GARCÍA..... 201

8. CMS ALBIÑANA & SUÁREZ DE LEZO

8.1. A propósito del ejercicio de la acción civil derivada del delito, por Juan Ignacio FERNÁNDEZ AGUADO y Elisa MARTÍN MORENO	223
--	-----

9. CUATRECASAS

9.1. Administración judicial, embargo de empresa y otras medidas ejecutivas, por Carlos ARA, Ariadna BIETE, Guillermo RUIZ y Mar VILLORA	241
--	-----

9.2. Las acciones <i>follow-on</i> de indemnización de daños y perjuicios derivados de infracciones del derecho de la competencia y la prueba para cuantificarlos, por Esther DE FÉLIX PARRONDO, María PÉREZ CARRILLO y Pepa ARÓSTEGUI CHAPA	257
--	-----

10. DELOITTE LEGAL

10.1. La simulación de negocios jurídicos y la vigencia de los pactos de sindicación y transmisibilidad de acciones en un convenio regulador de divorcio, de Nicolás NOMS HEREDIA, Marc PUJOLÀS RECIO y Silvia GARCÍA LÓPEZ	277
---	-----

10.2. Los parámetros para enjuiciar las reclamaciones de inversores institucionales al amparo de la información contenida en el folleto informativo, por Eduardo VILLELLAS BERNAL, Esther PÉREZ LA ORDEN y Antonio SIQUIER CARBONELL	295
--	-----

11. DIKEI ABOGADOS

11.1. Reconocimiento a funcionarios, como mérito específico, de la experiencia profesional adquirida en una previa relación laboral, por José María MONEDERO FRÍAS	317
--	-----

12. EJASO

- 12.1. Valor probatorio de las resoluciones sancionadoras firmes dictadas por la autoridad nacional de competencia, por Lourdes RUIZ EZQUERRA..... 337

13. ELZABURU

- 13.1. El nuevo recurso jurisdiccional civil contra las resoluciones de la OEPM, por Carlos MORÁN MEDINA 361

14. FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER

- 14.1. El modelo subjetivo (y el *reasonable discoverability*) en el cómputo del dies a quo de la prescripción extintiva de las acciones de responsabilidad civil extracontractual, por Natalia GÓMEZ BERNARDO y Dr. Antonio RUIZ ARRANZ 381

15. GARRIGUES

- 15.1. Acciones *follow-on*: delimitación de la responsabilidad civil en casos de infracciones únicas y continuadas integradas por una pluralidad de conductas, por Diego VICENTE PÉREZ, Rubén MAGALLARES BENDICHO, Antonio FABREGAT MARIANINI y María VIZCAY ATIENZA 405

- 15.2. Message in a bottle: singularidades de la protección como marcas de envases. El caso de la botella de sidra asturiana, por José María MUÑOZ PAREDES y Nelly SÁNCHEZ MOURIZ..... 425

16. GOMÉZ-ACEBO & POMBO

- 16.1. La facultad de desistimiento unilateral en un contrato de suministro de gas, por Luis LÓPEZ ALONSO.... 451

17. HOGAN LOVELLS INTERNATIONAL

17.1. Las primas a terceros por ganar, el «caso Oikos» y el «caso Osasuna», por Ignacio SÁNCHEZ GONZÁLEZ y Sara SANZ CASTILLO..... 473

18. MUÑOZ ARRIBAS ABOGADOS

18.1. Responsabilidad civil del contador-partidor (abogado), del agente de la propiedad inmobiliaria y de sus respectivos colegios profesionales en el marco de la división judicial de una herencia, por Bernardo YBARRA MALO DE MOLINA..... 493

19. ONTIER

19.1. Artículo 4 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal: no es suficiente un aprovechamiento de la clientela para concluir que ha existido una ilicitud de conducta, sino que es necesario que los medios utilizados sean ilícitos. Desplazamiento de la carga de la prueba: no corresponde al demandado probar la regularidad de los medios aunque ostente mayor facilidad probatoria. Titularidad del fondo de comercio, por Pedro RODERO RODRÍGUEZ, Cristina CAMARERO ESPINOSA y Marina BLAYA GONZÁLEZ 511

20. PWC TAX & LEGAL

20.1. La pertinencia y aplicación de los requisitos de la cláusula *rebus sic stantibus* por motivos económicos derivados del COVID-19 en procedimientos verbales de desahucio, por Javier GILSANZ USUNAGA y Francisco Javier CÁRDENAS GÁLVEZ 531

21. RAMÓN C. PELAYO ABOGADOS

21.1. El principio *non bis in idem* en su vertiente procedimental y su posible invocación, a efectos de evitar la incoación o reanudación de un expediente de defensa de la competencia, a resultas del dictado de una resolución administrativa sancionadora, de carácter disciplinario, devenida firme en la vía judicial, por Ramón PELAYO TORRENT..... 551

22. RRBS LEGAL, ROMERO REY & BENITO SANCHO ABOGADOS

22.1. Requisitos para considerar usurario un préstamo mercantil con garantía hipotecaria otorgado por una plataforma de financiación alternativa a una persona física no consumidora. Tratamiento de las costas en segunda instancia en caso de existencia de recursos cruzados, por Ernesto BENITO SANCHO y Enrique LÓPEZ SIERRA..... 573

23. URÍA MENÉNDEZ

23.1. Inversión en sociedades inmobiliarias y legislación de instituciones de inversión colectiva, por F. Javier GARCÍA SANZ 597

23.2. La legitimación activa para impugnar acuerdos de la comisión nacional del mercado de valores relativos a opas, por Manuel VÉLEZ FRAGA, Miguel MARTÍNEZ GIMENO y Eduardo AYALA GONZÁLEZ 619

24. VILLAR ARREGUI ABOGADOS

24.1. El interés de demora aplicable a las relaciones contractuales entre la administración pública y sus concesionarios, por Victoria LÁZARO e Inés HERNÁNDEZ..... 639

ÍNDICE TEMÁTICO

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La defensa de la fuerza mayor con base en condiciones meteorológicas adversas en el ámbito de la responsabilidad de la administración

Albors Galiano Portales 37

Reconocimiento a funcionarios, como mérito específico, de la experiencia profesional adquirida en una previa relación laboral

Dikei Abogados 317

El principio *non bis in idem* en su vertiente procedimental y su posible invocación, a efectos de evitar la incoación o reanudación de un expediente de defensa de la competencia, a resultas del dictado de una resolución administrativa sancionadora, de carácter disciplinario

Ramón C. Pelayo Abogados..... 551

El interés de demora aplicable a las relaciones contractuales entre la administración pública y sus concesionarios

Villar Arregui Abogados 639

DERECHO DE LA COMPETENCIA

Luces y sombras de un nuevo análisis sobre singularidad competitiva y principio de libre imitación al amparo del artículo 11.2 de la Ley de Competencia Desleal

Baylos..... 121

Las acciones <i>follow-on</i> de indemnización de daños y perjuicios derivados de infracciones del derecho de la competencia y la prueba para cuantificarlos <i>Cuatrecasas</i>	257
Valor probatorio de las resoluciones sancionadoras firmes dictadas por la autoridad nacional de competencia <i>Ejaso</i>	337
Acciones <i>follow-on</i> : delimitación de la responsabilidad civil en casos de infracciones únicas y continuadas integradas por una pluralidad de conductas <i>Garrigues</i>	405
Artículo 4 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal: no es suficiente un aprovechamiento de la clientela para concluir que ha existido una ilicitud de conducta, sino que es necesario que los medios utilizados sean ilícitos. Desplazamiento de la carga de la prueba: no corresponde al demandado probar la regularidad de los medios aunque ostente mayor facilidad probatoria. Titularidad del fondo de comercio <i>Ontier</i>	511

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La cuestión prejudicial en el inicio del procedimiento principal: cómo se trasladó el terreno de juego a Luxemburgo en el Caso Superliga <i>Clifford Chance</i>	201
--	-----

DERECHO DEL DEPORTE

Las primas a terceros por ganar, el «Caso Oikos» y el «Caso Osasuna» <i>Hogan Lovells</i>	473
--	-----

DERECHO INMOBILIARIO

Facultad de desistimiento en la compraventa de inmuebles por falta de financiación (artículo 621-49 CCCAT) <i>Broseta</i>	143
--	-----

La pertinencia y aplicación de los requisitos de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> por motivos económicos derivados del COVID-19 en procedimientos verbales de desahucio <i>PwC Tax & Legal</i>	531
DERECHO SOCIETARIO	
Ilicitud concurrencial de la creación de una sociedad competitiva por parte de los administradores sociales <i>Baker McKenzie</i>	79
La simulación de negocios jurídicos y la vigencia de los pactos de sindicación y transmisibilidad de acciones en un convenio regulador de divorcio <i>Deloitte Legal</i>	277
EJECUCIONES	
Administración judicial, embargo de empresa y otras medidas ejecutivas <i>Cuatrecasas</i>	241
LITIGIOSIDAD BANCARIA, FINANCIERA Y DEL MERCADO DE VALORES	
Los parámetros para enjuiciar las reclamaciones de inversores institucionales al amparo de la información contenida en el folleto informativo <i>Deloitte Legal</i>	295
Requisitos para considerar usurario un préstamo mercantil con garantía hipotecaria otorgado por una plataforma de financiación alternativa a una persona física no consumidora. Tratamiento de las costas en segunda instancia en caso de existencia de recursos cruzados <i>Rrbs Legal, Romero Rey & Benito Sancho Abogados</i>	573
Inversión en sociedades inmobiliarias y legislación de instituciones de inversión colectiva <i>Uría Menéndez</i>	597

La legitimación activa para impugnar acuerdos de la comisión nacional del mercado de valores relativos a opas <i>Uría Menéndez</i>	619
---	-----

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Cláusulas penales insertas en contratos de riesgo compartido: legitimación, alcance y moderación <i>Andersen</i>	57
La facultad de desistimiento unilateral en un contrato de suministro de gas <i>Gómez-Acebo & Pombo</i>	451

PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

La marca eslogan y el vía crucis para su registro ante la Oficina de Propiedad Intelectual de la UE: cara o cruz <i>Baylos</i>	101
El nuevo recurso jurisdiccional civil contra las resoluciones de la OEPM <i>Elzaburu</i>	361
Message in a bottle: singularidades de la protección como marcas de envases. El caso de la botella de sidra asturiana <i>Garrigues</i>	425

RESPONSABILIDAD CIVIL

Improcedencia de la indemnización sobre daños que no se hayan materializado todavía, derivados de la eventual depreciación del valor de unos inmuebles, cuando no se aprecia además responsabilidad civil extracontractual <i>Ceca Magán Abogados</i>	181
A propósito del ejercicio de la acción civil derivada del delito <i>CMS Albiñana & Suárez de Lezo</i>	223

El modelo subjetivo (y el razonable <i>discoverability</i>) en el cómputo del dies a quo de la prescripción extintiva de las acciones de responsabilidad civil extracontractual <i>Freshfields Bruckhaus Deringer</i>	381
Responsabilidad civil del contador-partidor (abogado), del agente de la propiedad inmobiliaria y de sus respectivos colegios profesionales en el marco de la división judicial de una herencia <i>Muñoz Arribas abogados</i>	493
SEGUROS	
Aplicación de la ley española por no resultar de aplicación las condiciones generales que establecían la sumisión al derecho alemán <i>Ceca Magán Abogados</i>	165

**LOS PARÁMETROS PARA ENJUICIAR LAS
RECLAMACIONES DE INVERSORES
INSTITUCIONALES AL AMPARO DE LA
INFORMACIÓN CONTENIDA EN EL FOLLETO
INFORMATIVO**

**Sentencia del Tribunal Supremo núm. 896/2023, de 6
de junio**

Eduardo VILLELLAS BERNAL

Esther PÉREZ LA ORDEN

Antonio SIQUIER CARBONELL

Deloitte Legal

RESUMEN

El presente comentario tiene por objeto analizar la STS, núm. 896/2023, de 6 de junio, que desestimó el recurso de casación interpuesto por un inversor profesional e institucional que había acudido a una oferta pública de adquisición de acciones.

En concreto, el supuesto versa sobre una demanda de anulabilidad interpuesta por un inversor institucional frente a la entidad bancaria emisora de los títulos sobre la base de la decisión de inversión se habría adoptado sobre la base de una información que no reflejaba su imagen fiel al contener errores e inexactitudes.

A través de esta sentencia, el Tribunal Supremo analiza las premisas para enjuiciar, desde una perspectiva civil, las reclamaciones interpuestas por los inversores institucionales al amparo de la información contenida en el folleto informativo de la emisión.

ABSTRACT

The purpose of this commentary is to analyze Supreme Court Judgement number 896/2023, issued June 6, dismissing the appeal filed by a professional and institutional investor who acquired shares in a public offer.

Specifically, this investor filed a claim to declare null and void against the banking entity that issued the shares, stating that the basis for the investment decision was adopted taking into account information that did not reflect the entity's true situation, as it contained errors and inaccuracies.

Through this judgement, the Supreme Court analyses the premises to judge, from a civil perspective, the claims filed by institutional investors based on the information contained in the share's issue documentation.

1. HECHOS

1.1. Demanda de nulidad de adquisición de acciones por la falta de imagen fiel de la información publicada por el emisor

En mayo de 2016 tres sociedades que forman parte de uno de los principales grupos empresariales de España interpusieron una demanda frente a una entidad bancaria con motivo de su oferta pública de suscripción de acciones (la «OPS») a la que habían acudido.

En concreto, las demandantes solicitaron la nulidad por error vicio en el consentimiento de las compras de acciones realizadas en julio de 2011 por importe aproximado de 10 millones de euros y la restitución del valor de la inversión. Además, otra de las sociedades del Grupo había interpuesto una demanda idéntica.

El fundamento de su pretensión era que la adquisición de las acciones se había basado en la información publicada por el emisor y aprobada por la CNMV, en concreto, el folleto informativo (el «Folleto»). Según sus tesis, el Folleto no reflejaba la verdadera situación económico-financiera y patrimonial de la entidad, extremo que no pudieron conocer hasta la reformulación de las cuentas anuales del 2011 realizada en mayo de 2012.

Por tanto, las actoras sostenían que, de haber sabido que la información contenida en el Folleto no era correcta, no hubieran participado en la OPS; extremo determinante de la concurrencia de un error esencial y excusable al haberse tomado la decisión de inversión sobre la base de datos no veraces.

Asimismo, consideraban que el hecho de que las sociedades tuvieran la calificación de inversores profesionales e institucionales en los términos del artículo 78 bis.3, apartado c) de la entonces vigente Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores («LMV») resultaba irrelevante a los efectos de valorar la excusabilidad del error porque no contaban con medios para poder

conocer y detectar que la información del Folleto no se correspondía con la situación real de la entidad.

1.2. Escrito de contestación a la demanda

Por su parte, la entidad bancaria emisora de las acciones contestó a la demanda e interesó su íntegra desestimación sobre la base, entre otros, de los siguientes argumentos:

— La acción de anulabilidad estaba caducada puesto que el *dies a quo* debería fijarse antes de la reformulación de cuentas realizada en mayo de 2012 ya que hubo una serie de circunstancias anteriores que habrían hecho que las demandantes conocieran ese supuesto vicio en el consentimiento.

— Las actoras ostentaban la condición de inversores cualificados y profesionales, extremo que denota que adoptaron la decisión de inversión por motivos estratégicos, ajenos a la rentabilidad económica y a los datos contenidos en el Folleto, y contaban con fuentes de información adicionales. Por ende, el supuesto error alegado sería en todo caso inexcusable.

— Las demandantes eran empresas especialmente vinculadas con la entidad bancaria puesto que contaban con un consejero común en sus consejos de administración y era una de sus principales financiadoras, hechos que impedían alegar el desconocimiento acerca de la situación del banco al momento de acometer la OPS.

— Los inversores institucionales no pueden ampararse en la información publicada en los folletos puesto que estos se encuentran dirigidos a los inversores minoristas en virtud del artículo 30 bis LMV, por lo que no se encuentran legitimados para demandar sobre la base de los supuestos errores del Folleto.

— La información facilitada en el Folleto no era errónea y reflejaba la imagen fiel de la emisora de las acciones.

2. RESOLUCIÓN JURÍDICA

2.1. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid 99/2018, 14 de mayo

El Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid («JPI 13 de Madrid») dictó la Sentencia núm. 99/2018, de 14 de mayo que desestimó íntegramente

la demanda al concluir que la acción de anulabilidad habría caducado y que, en cualquier caso, el error alegado sería inexcusable.

Todo ello sobre la base de que al momento de acometer la inversión las demandantes contaban con datos suficientes y distintos a los contenidos en el Folleto dada su calificación como inversores profesionales e institucionales y la especial vinculación que mantenían con la entidad bancaria.

En concreto, el JPI 13 de Madrid tuvo por acreditados los siguientes extremos:

— Las actoras tenían la calificación de inversores profesionales y contaban con fuentes de información complementarias al Folleto para valorar la inversión.

— Las sociedades demandantes y la entidad bancaria emisora de las acciones contaban con un consejero común en sus consejos de administración.

— Las actoras eran grandes clientes de la demandada puesto que mantenían líneas de crédito importantes.

— El grupo al que pertenecían las demandantes ocupó el puesto número 13 de los inversores institucionales de la OPS por valor de inversión.

— No existía evidencia suficiente de que la decisión de inversión se realizara exclusivamente sobre la información contenida en el Folleto.

En virtud de lo expuesto, la juzgadora de instancia concluyó que las actoras decidieron invertir sobre la base de información y datos distintos a los contenidos en el Folleto y no podían desconocer una serie de hechos acerca de la situación de la entidad que acaecieron antes de la reformulación de las cuentas anuales en mayo de 2012.

En consecuencia, el JPI 13 de Madrid consideró que la acción de anulabilidad habría caducado ya que la demanda se interpuso cuatro años después de haberse producido esos acontecimientos que ponían de manifiesto la situación económica y patrimonial de la entidad y que debieron ser conocidos por las demandantes.

A mayor abundamiento, la sentencia añadió que, en cualquier caso, la acción de anulabilidad tampoco podría ser estimada en cuanto al fondo porque el supuesto error sería calificado como inexcusable. Y ello dada la condición de inversor profesional de las actoras y la especial vinculación que mantenían con el banco, con el que compartían un consejero.

2.2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, 102/2019, 6 de marzo

2.2.1. Recurso de apelación

Las demandantes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia sobre la base de que se habría producido una errónea interpretación jurídica y probatoria.

Por un lado, respecto de la caducidad, las recurrentes sostuvieron que el JPI 13 de Madrid habría infringido la jurisprudencia del Tribunal Supremo al no haber atendido al momento de la reformulación de las cuentas en mayo de 2012 como *dies a quo*. Según sus tesis, los acontecimientos acaecidos con anterioridad no permitieron tener un conocimiento cabal y completo de que los datos contenidos en el Folleto no eran veraces.

Por otro lado, respecto del fondo, consideró que la suscripción debía ser anulada al haber concurrido un error que debía calificarse como esencial y excusable. Todo ello fundado en los siguientes extremos:

— El hecho de que las recurrentes fueran inversores profesionales y cualificados no permitía calificar el error como inexcusable ya que valoraron la decisión de inversión con base en la información que les facilitó la propia entidad, en especial, el Folleto.

— El consejero común que compartían las actrices y el banco no facilitó información adicional ni distinta a la que se daba a conocer en el mercado.

— Las demandantes no contaban con información diferente o complementaria sobre la situación financiera del emisor distinta a la contenida en el Folleto o a las cuentas aprobadas.

— La imagen de solvencia que la entidad bancaria proyectó al efectuar la OPS no reflejaba su verdadera situación económica.

2.2.2. Oposición al recurso de apelación

La entidad bancaria formuló oposición al recurso de apelación de contrario e interesó la confirmación íntegra de la sentencia de instancia.

En primer lugar, en relación con la caducidad, la recurrida alegó que la estimación de la excepción fue conforme a Derecho ya que existieron una serie de acontecimientos relevantes y anteriores a la reformulación de cuentas de mayo de 2012 que les permitieron conocer cuál era la situación finan-

ciera del emisor. Y ello en atención a la calificación inversora de las actoras, la especial vinculación que mantenían con la entidad bancaria y el hecho de que contaban con un departamento financiero propio que hacía seguimiento de la inversión.

En segundo término, sobre el fondo de la cuestión, reiteró que la anulabilidad no podría ser acogida puesto que:

— No existió error alguno puesto que la decisión de invertir no se basó en la información recogida en el Folleto, sino que fue una inversión estratégica derivada de la estrecha relación que mantenían con el banco, al ser su principal prestamista. Así se había recogido expresamente en el acta del consejo de administración del grupo al que pertenecían las recurrentes que aprobaba realizar la inversión.

— En cualquier caso, el supuesto error sería calificado como inexcusable dado (i) el perfil de las recurrentes (inversores profesionales e institucionales que contaban con información adicional a la de nos inversores minoristas y medios para tratar y valorar la inversión) y (ii) la existencia de un consejero en común.

2.2.3. *Sentencia de la Audiencia Provincial*

El 6 de marzo de 2019, la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid («AP de Madrid») dictó su Sentencia núm. 102/2019 que acordó la desestimación del recurso de apelación, con expresa imposición de costas a las apelantes.

Por un lado, la AP de Madrid concluyó que la acción no había caducado y había sido interpuesta en plazo. En concreto, la Sala estimó que los hechos acaecidos con anterioridad a la reformulación de cuentas en mayo de 2012 no tendrían la virtualidad y la entidad suficientes para que las actoras hubieran podido conocer la situación del banco y la posible generación de perjuicios.

No obstante, en lo relativo al fondo, confirmó que no existió un error esencial y excusable que pudiera viciar el consentimiento al momento de suscribir las acciones.

En concreto, la AP de Madrid dispuso que, si bien el carácter profesional y cualificado de las demandantes no excluía total o completamente la concurrencia del error, restringía ampliamente la posibilidad de su

apreciación. Más aún si se tenían en cuenta las circunstancias concurrentes en el presente caso, entre otras, el hecho de que existía un consejero común, extremo que permitía presumir el conocimiento de la situación financiera del banco.

2.3. Recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por el inversor institucional

2.2.4. Recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Admisión a trámite

Una vez resuelto el debate en la segunda instancia, las actoras interpusieron recursos extraordinario por infracción procesal y de casación frente a la sentencia de apelación.

Por un lado, el recurso extraordinario por infracción procesal se fundó en dos motivos sobre la base de la infracción de normas reguladoras de la sentencia: (i) el artículo 218.1 de la LEC relativo a la congruencia y (ii) el artículo 398.2 de la LEC sobre las costas del recurso de apelación.

En concreto, las recurrentes alegaron que la sentencia dictada por la AP de Madrid habría incurrido en incongruencia interna al haber revocado la caducidad apreciada por el JPI 13 de Madrid y no haber trasladado dicho pronunciamiento favorable al fallo, extremo que habría determinado la estimación parcial del recurso, no su desestimación total, con la incidencia que ello suponía en materia de costas.

No obstante, el Tribunal Supremo dictó Auto de 6 de octubre de 2021 que inadmitió el citado recurso extraordinario al considerar que ambos motivos incurrían en causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento ex artículo 473.2.2º de la LEC.

Por otro lado, el recurso de casación se basó en la infracción de los artículos 1300, 1303, 1265 y 1266 del CC porque la AP de Madrid no había apreciado la esencialidad y la excusabilidad del error al haber atendido únicamente al carácter profesional y cualificado de las actoras y a la existencia de un consejero común. Tales extremos le habrían llevado a presumir de manera errónea que las actoras tenían conocimiento de la situación financiera del banco. El citado motivo fue admitido por el Tribunal Supremo.

LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO UNILATERAL EN UN CONTRATO DE SUMINISTRO DE GAS

**Comentario a la Sentencia del Juzgado de Primera
Instancia n.º 74 de Madrid, rec. n.º 233/2023, de 14
de julio**

Luis LÓPEZ ALONSO
Socio de Litigación y Arbitraje
Gómez-Acebo & Pombo

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto el análisis de la sentencia n.º 233/2023 dictada el 14 de julio por el Juzgado de Primera Instancia n.º 74 de Madrid en el marco del procedimiento ordinario 1644/2021, la cual aborda la cuestión de la validez del desistimiento unilateral de un contrato de suministro de gas por parte de la sociedad suministradora sin la necesidad de invocar justa causa. En el caso, la sociedad que era receptora del suministro de gas presentó una demanda de juicio ordinario en ejercicio de una acción de cumplimiento del contrato de suministro hasta que llegase a término y, subsidiariamente, de indemnización de daños y perjuicios, por una suma de 5.254.338,15 euros, para el escenario de que no fuera posible continuar con el suministro. Todo ello junto una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* que tenía por objeto preservar la vigencia del contrato durante la pendencia del procedimiento.

El Juzgado analizó la disputa a partir de la doctrina jurisprudencial sobre la facultad de las partes de un contrato de desistir de este, y valoró cuáles son las consecuencias jurídicas derivadas del ejercicio de este derecho, con la particularidad de que en este caso existía una cláusula en el contrato que permitía a ambas partes desistir del contrato sin justa causa a cambio del pago de una penalización.

En la sentencia, el Juzgado considera que es conforme a derecho una previsión contractual que recoja la facultad de desistimiento unilateral sin justa causa y su ejercicio no acarrea la imposición de una indemnización de daños y perjuicios, máximo cuando se ejercita respetando un plazo de preaviso razonable y el demandante no acredita la producción de daño alguno.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyse the ruling no. 233/2023 rendered on 14 July 2023 by the Madrid Court of First Instance no. 74 in ordinary proceedings 1644/2021, which addresses the issue of the validity of the unilateral termination of a gas supply contract by the supplying company without the need to invoke just cause. In this case, the company that was the recipient of the gas supply filed a civil claim for the fulfilment of the supply contract until it was terminated and, alternatively, for compensation for damages, in the amount of EUR 5,254,338.15, if it was not possible to continue with the supply. All of this together with an application for interim measures *inaudita parte*, the purpose of which was to preserve the validity of the contract during the pendency of the proceedings.

The Court analysed the dispute on the basis of the case law related to the possibility for the parties to the contract to withdraw from it, and the legal consequences arising from the exercise of this right, with the particularity that in this case there was a clause in the contract that allowed both parties to withdraw from the contract without just cause in exchange for the payment of a penalty.

In the judgment, the Court considers that a contractual provision that includes the right to unilateral withdrawal is in accordance with the law and its exercise does not entail the imposition of damages, at most when it is exercised within a reasonable period of notice and the claimant does not prove the production of any damage.

1. HECHOS

La sentencia n.º 233/2023, de 14 de julio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 74 de Madrid en el marco del procedimiento ordinario 1644/2021, aborda la cuestión de la validez del desistimiento unilateral de un contrato de suministro de gas por parte de la sociedad suministradora sin la necesidad de invocar justa causa.

En dicho procedimiento judicial, la demandante perseguía una acción de cumplimiento contractual y, subsidiariamente, de indemnización de daños y perjuicios en un importe de 5.254.338,15 euros. Junto con la demanda, la parte actora presentó una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* para tratar de mantener el suministro de gas durante la pendencia del procedimiento y mientras el contrato continuase en vigor.

El Juzgado desestimó tanto la solicitud de medidas cautelares como la demanda, con expresa condena en costas a la demandante, al entender que el desistimiento unilateral operado por la compañía energética era conforme a derecho y ningún daño había causado a la actora.

La sentencia objeto de análisis es firme, en tanto no fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Madrid.

1.1. Antecedentes del caso

El 17 de diciembre de 2019, la demandante suscribió con la demandada un contrato de suministro de gas natural por canalización en relación con el punto de suministro situado en un municipio ubicado en la provincia de León, con una duración inicial de 12 meses a contar desde el 1 de abril de 2020 y con prórroga tácita por periodos anuales (de no mediar denuncia alguna de las partes con una antelación mínima de dos meses a la finalización de cada período).

En marzo de 2020, a resultas de la situación excepcionalmente grave derivada de la pandemia de la COVID-19, ambas partes acordaron la modi-

ficación de varias condiciones económicas del contrato, mediante el acuerdo de novación de 9 de marzo de 2020. Dicha novación sólo afectó a las condiciones técnicas y económicas del contrato inicial, sin alterar ni la duración inicialmente pactada en el Contrato (que se mantuvo hasta el 31 de marzo de 2021) ni el resto de las cláusulas del contrato no modificadas expresamente por la novación.

Antes de la expiración de la duración del citado contrato (prevista para el 31 de marzo de 2021), las partes acordaron, el 5 de marzo de 2021, una segunda novación del contrato, extendiendo su validez por un período de un año adicional, con vigencia desde el 1 de abril de 2021 hasta el 31 de marzo de 2022.

El 8 de octubre de 2021 la demandada anunció su intención de resolver anticipadamente el contrato con efectos desde el 1 de noviembre de 2021. A partir de ese momento, se inició un cruce de comunicaciones extrajudiciales en las que la parte actora negaba el derecho de la demandada a desistir del contrato y esta última defendía la validez de la terminación anunciada.

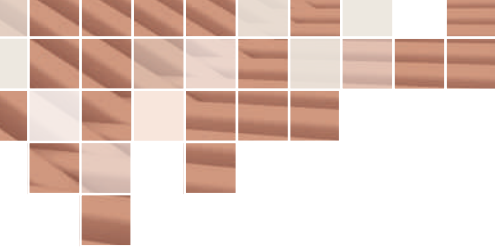
Si bien se había anunciado el corte de suministro para el 1 de noviembre de 2021, finalmente tuvo lugar el 5 de noviembre de 2021.

1.2. La demanda

El 18 de octubre de 2021, antes de que se procediera al corte del suministro de gas, la parte actora presentó una demanda de juicio ordinario. En ella, solicitó la declaración de que la resolución del contrato de suministro de gas natural por canalización suscrito el 17 de diciembre de 2019, operada unilateralmente por la demandada el 8 de octubre de 2021, no se ajustaba a derecho y, en consecuencia, la condena a la demandada a cumplir el contrato en sus estrictos términos o, subsidiariamente, a indemnizar a la demandante en la totalidad de los daños y perjuicios que esta resolución unilateral e injustificada del Contrato le ocasionase. Durante la pendencia del procedimiento la parte demandante cuantificó los daños y perjuicios en 5.254.338,15 euros.

Los fundamentos en los cuales descansaba la demanda son los siguientes:

— El contrato no contemplaba la facultad de que la demandada denunciase unilateralmente el contrato, ya que las causas de resolución recogidas en la cláusula 10 aludían todas ellas a supuestos de resolución por mutuo acuerdo.



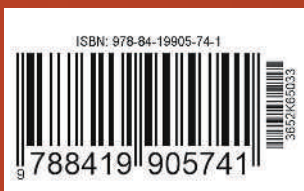
El Anuario Contencioso es una publicación comentada por y para los abogados dedicados a la litigación, así como para aquellos que quieran hacer una aproximación a una práctica jurídica en la que la tutela que se solicita a Tribunales de Justicia, o a las Cortes Arbitrales, es tan importante como la forma en la que ésta se pide o la estrategia que se escoge para presentar y defender un caso.

La relevancia de ese último aspecto es lo que hace diferente a esta obra, ya que no es ni un repertorio de jurisprudencia ni una obra doctrinal al uso, **es un compendio de comentarios exhaustivos acerca de los casos más relevantes, hechos desde la perspectiva de quienes han trabajado en ellos**, los cuales siempre desvelan detalles que no sería posible advertir de una simple lectura de la sentencia.

Otro año más, esta obra es el resultado del empeño colectivo en el que confluye el esfuerzo de, en esta edición, **24 despachos** del llamado «mundo de los negocios», esto es, firmas dedicadas al derecho de empresa, con implantación en España y con prácticas consolidadas en el mundo de la litigación y del arbitraje. El compromiso común ha consistido en analizar los casos más significativos que sus abogados han defendido ante los juzgados y tribunales de justicia o las cortes arbitrales durante el año 2023.

La selección de material ha seguido deliberadamente un criterio diverso. La enumeración de los epígrafes de su índice temático es la medida más adecuada del alto valor de su contenido:

- Contencioso-administrativo
- Derecho de la Competencia
- Derecho de la Unión Europea
- Derecho del Deporte
- Derecho Inmobiliario
- Derecho Societario
- Ejecuciones
- Litigiosidad Bancaria, Financiera y del Mercado de Valores
- Obligaciones y Contratos
- Propiedad Industrial e Intelectual
- Responsabilidad Civil
- Seguros



ER-0280/2005

GA-2005/0100