



Dirección:  
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:  
Pablo Sánchez Martín



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

Síguenos en:



# BOLETÍN DIGITAL

## CIVIL

## MERCANTIL

NÚMERO 21. FEBRERO 2018

01

A vueltas con el artículo 400 LEC.  
*Comentario de la STS de 13 de  
diciembre de 2017.*

Luis Romualdo Hernández Díaz-  
Ambrona  
Magistrado

02

El ilícito del artículo 15.2 LCD a  
partir del Asunto Pokerstars.com.  
*Comentario a la STS de 15 de mayo  
de 2017.*

Gustavo Andrés Martín Martín  
Juez

## A VUELTAS CON EL ARTÍCULO 400 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona

Magistrado

Audiencia Provincial de Badajoz.

**RESUMEN:** *La actual LEC, con el objetivo de que los conflictos se resuelvan con prontitud y menos coste, introdujo la carga de deducir en la demanda todos los títulos que, por los mismos hechos, uno tenga contra otro. A la vista del espíritu que informaba el artículo 400, inicialmente se llegó incluso a hacer una interpretación extensiva, de modo que la preclusión podía abarcar las pretensiones. Con el tiempo, la preclusión se acotó a las alegaciones, a la causa de pedir. Pero hoy parece que el artículo 400 se desinfla aún más: no está evitando la reiteración de procedimientos. El TS, aunque no de modo pacífico, viene a emplear un concepto laxo de pretensión para así impedir que, por medio de este precepto, se consoliden situaciones jurídicas manifiestamente injustas. Se da prevalencia a la justicia material, pero olvidamos que una vez aprobada una norma la justicia consiste en respetarla.*

**VOCES:** Cosa juzgada, Preclusión, Pretensión, Causa de pedir.

### COMENTARIO

La vigente LEC dispone que quien judicialmente pide una cosa debe concentrar todas sus armas jurídicas en un primer y único procedimiento. En su exposición de motivos, al aludir al objeto del proceso civil, destaca dos principios: la necesidad de seguridad jurídica y la necesidad de no multiplicar innecesariamente la actividad jurisdiccional. El legislador habla de la escasa justificación que tiene someter a los mismos justiciables a diferentes procesos, provocando la actividad de los tribunales cuando el asunto razonablemente puede zanjarse en uno solo.

Este principio inspirador se materializó en el artículo 400: cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. Como se ve, esta previsión

legal es una ficción de cosa juzgada. Quien impetra el amparo judicial debe hacer valer en juicio, en un único juicio, todos los títulos que ostente. El demandante no puede reservar alegaciones para una eventual segunda oportunidad.

Ahora bien, tras dieciocho años de vigencia, todavía no sabemos dónde empieza y acaba el artículo 400. El camino andado ha sido proceloso: la interpretación no ha sido uniforme y con el tiempo parecen estrecharse los márgenes para su aplicación. Al principio, algunos tribunales hicieron una interpretación amplia y, así, se dio cabida a la llamada preclusión de pretensiones. Después, se acotó la preclusión a la causa de pedir. Se rechazó que la ley impusiera la carga de acumular peticiones.

Pero no acaba aquí la cosa. La cuestión no está zanjada: la preclusión se mira con recelo pues, a la postre, beneficia al deudor, que puede quedar exonerado de sus obligaciones por motivos formales (omisión de alegaciones). Es el caso de la sentencia que traemos a colación, que parece primar los derechos del acreedor sobre la finalidad que persigue el artículo 400. Se trata de la [STS 664/2017, de 13 de diciembre de 2017](#)<sup>1</sup>. Veamos los hechos.

En 2004 un matrimonio vendió una parcela a una constructora. A cuenta del precio, la constructora abonó 600.000 euros. Pasado el tiempo los vendedores no entregaron la parcela. En 2009, la constructora interpuso una primera demanda reclamando 600.000 euros, más los daños y perjuicios. A tal fin invocó la nulidad de la compraventa por falta de objeto y, subsidiariamente, por indeterminación del objeto, por vicio del consentimiento o, en su caso, por enriquecimiento injusto. La demanda fue desestimada en ambas instancias.

En 2014, la constructora presentó una segunda demanda: solicitó de nuevo los 600.000 euros, más los daños y perjuicios. Para ello esgrimió la resolución del contrato. El Juzgado no tuvo por juzgada la petición y estimó la demanda. La sección 3ª de la AP de Castellón, [sentencia 123/2015, de 30 de abril](#)<sup>2</sup>, acogió el recurso de apelación y desestimó la demanda conforme al artículo 400 LEC. Para la Audiencia los hechos de ambos procedimientos eran los mismos y las peticiones también. Resaltó que las dos demandas tenían un objetivo común: la ineficacia de la compraventa y la devolución del precio. Consideró que, en el primer pleito, pudo aducirse sobre la misma base fáctica el incumplimiento contractual. La Audiencia, de hecho, recordó que en el

<sup>1</sup> ROJ: STS 4442/2017; ECLI: ES:TS:2017:4442.

<sup>2</sup> ROJ: SAP CS 445/2015; ECLI:ES:APCS:2015:445

anterior procedimiento la actora, al apelar, invocó la existencia de incumplimiento contractual; alegación ésta que fue rechazada por nueva (*mutatio libelli*). En fin, la Audiencia razonó que el actor debe hacer valer en el proceso todas las causas de pedir de la pretensión deducida.

Sin embargo, el TS ha casado esta sentencia. Dos argumentos esgrime. Uno, entiende que las pretensiones deducidas en uno y otro proceso son distintas, ya que primero se instó la nulidad del contrato y después su resolución por incumplimiento. Y dos, destaca que apreciar cosa juzgada comportaría que los deudores retuvieran el precio sin tener que entregar el terreno vendido.

Como puede observarse, esta sentencia da una vuelta de tuerca más al artículo 400. Razones de fondo aparte, no se puede aceptar de forma acrítica que la solución del TS se acomode fielmente a la normativa procesal.

Evidentemente el artículo 400 da cuerpo a una figura jurídica distinta a la cosa juzgada. Por ello, en sede del artículo 400, no operan los requisitos propios de tal institución. Y es verdad que las acciones de resolución y de nulidad son distintas. El objeto del proceso no sería idéntico y no habría cosa juzgada conforme al artículo 222 LEC.

También es cierto que hay pretensiones constitutivas: son las que crean, modifican o extinguen una situación jurídica (artículo 5 LEC). Tanto la nulidad como la resolución encajarían en tal categoría.

Pero en el supuesto examinado la petición esencial de ambas demandas era una pretensión de condena. Pretensión idéntica en los dos procedimientos: la devolución de los 600.000 euros pagados a cuenta del precio. La nulidad y la resolución, meras pretensiones constitutivas, eran instrumentales y se identificaban con sendas acciones o títulos jurídicos en los términos del artículo 400.

Dicho con otras palabras, aun aceptando que la preclusión no comprende las pretensiones, el sentido y la finalidad del artículo 400 impiden, en buena lógica, que pueda volverse a ver un asunto cuya situación no mutó en nada entre el primer y segundo procedimiento. Cuando en el fondo la pretensión es la misma, no deja de ser un ardid hacer pasar la causa de pedir por una pretensión autónoma.

A los efectos del artículo 400 ha de indagarse más en el contenido que en la forma de la pretensión. En otro caso, un abogado hábil siempre

encontrará resquicio para reabrir un asunto que pudo y debió ser ventilado en un solo procedimiento. No estamos aquí para hablar de las bondades y miserias del artículo 400. Lo cierto es que el precepto está ahí y dice lo que dice. Pueden ser perversos sus efectos, sí, pero no por ello debemos dejar de interpretarlo para que cumpla la finalidad perseguida. En la interpretación la justicia material del caso puede ser un criterio informador, pero no puede suplantar a la norma.

Aquí nada impedía al demandante deducir junto con la acción de nulidad la de resolución. A buen seguro fue una omisión involuntaria, tanto que se esgrimió en la alzada del primer procedimiento. Esa segunda oportunidad, esa nueva bala jurídica se concilia mal, a nuestro modesto entender, con el sentido y la voluntad del texto legal.

#### JURISPRUDENCIA

STS, Sala de lo Civil, de 13 de diciembre de 2017 (ROJ: STS 4442/2017; ECLI: ES:TS:2017:4442)

SAP Castellón, sec. 3, de 30 de abril de 2015<sup>3</sup> (ROJ: SAP CS 445/2015; ECLI:ES:APCS:2015:445)

## EL ILÍCITO DEL ARTÍCULO 15.2 LCD A PARTIR DEL ASUNTO POKERSTARS.COM.

Gustavo Andrés Martín Martín

Juez

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº2 de San Clemente.

Doctorando Universidad de Salamanca.

**RESUMENT:** *Desde el año 2001, la sociedad Reel, radicada en la Isla de Man, ofrecía servicios de juego de póker en línea a través del dominio de internet [www.pokerstars.com](http://www.pokerstars.com), servicios que estaban disponibles en castellano y eran accesibles desde España. Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley del juego en 2011 (BOE de 28/5/2011), se constituye en la República de Malta la entidad Reel Spain, con el objetivo de obtener las preceptivas licencias para la actividad de prestación de servicios de juego de póker online a través del dominio [www.pokerstars.es](http://www.pokerstars.es). De esta forma, hasta el año 2011, Reel ejerció su actividad en España sin haber obtenido licencia alguna. Se discute la naturaleza del ilícito del artículo 15.2 LCD así como la vigencia y alcance de la excepción de incumplimiento generalizado en relación con la infracción de normas concurrenciales como ilícito desleal.*

**VOCES:** juego online, competencia desleal, violación de normas concurrenciales, incumplimiento generalizado, jurisprudencia.

### COMENTARIO

Los mimbres fácticos sobre los que se asienta la resolución del Tribunal Supremo son ciertamente peculiares. En el presente caso no se discutía en modo alguno el carácter concurrencial de las normas reguladoras del mercado de juegos de suerte y apuestas por internet sino la vigencia de la norma y los requisitos de aplicación del artículo 15.2 LCD en relación con el artículo 15.1 LCD.

Tanto el Juzgado de lo Mercantil como la audiencia Provincial consideraron que el juego online no se encontraba regulado en la normativa sectorial que solo regulaba el juego tradicional. El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que la falta de audacia del legislador, y el hecho de que durante al menos 10 años no ofreciera una respuesta normativa adecuada al

nuevo fenómeno de juegos por internet, no alteraban el régimen general que seguía siendo de prohibición general salvo autorización específica.

En el presente caso, Reel contaba con una autorización local de la Isla de Man absolutamente insuficiente para la prestación de servicios en España. La Isla de Man, recordemos, se encuentra fuera del mercado común de forma que aquella autorización no podía siquiera ser esgrimida en países de la Unión. El problema, con todo (identificado claramente en el FJ. 7º ap. 10), descansaba en que, en el presente caso, no existía una conciencia general de incumplimiento pues ningún operador del mercado, desde los competidores a las propias autoridades administrativas, había considerado que Reel viniera ejerciendo una actividad prohibida sin licencia. Durante los 10 años que Reel prestó servicios de juego online a través de [www.pokerstars.com](http://www.pokerstars.com) no solo no se aperturó expediente sancionador alguno, no sólo ningún competidor ejerció acción de deslealtad alguna, sino que Reel publicitó abierta e intensamente sus servicios incluyendo conocidos patrocinios deportivos. Esto es, Reel publicitó abiertamente su actividad de negocio y, a pesar de ello, nadie consideró que estuviese incurriendo en incumplimiento alguno, incumplimiento que sí se estaba produciendo a juicio del Tribunal Supremo. Los propios demandantes no ejercitaron ninguna acción sino hasta la entrada en vigor de la Ley del juego de 2011.

En definitiva, el Asunto [www.pokerstars.com](http://www.pokerstars.com) trata sobre la vigencia y el alcance de la excepción de incumplimiento generalizado en el caso de violación de normas concurrenciales. Para ello, el Tribunal Supremo revisa la naturaleza del subtipo del apartado 2 del artículo 15 LCD.

Nuestros Juzgados y Audiencias provinciales habían venido discutiendo si la dicción del apartado 2 del artículo 15 llevaba a afirmar que el legislador había introducido una regla *per se*, de deslealtad automática, que implicaba una presunción *iuris et de iure* de existencia de una ventaja competitiva o, por el contrario, se limitaba a una simple presunción *iuris tantum* contra la que cabía prueba en contrario. Hasta el momento, el Tribunal Supremo no se había pronunciado sobre la cuestión, aunque no faltaron resoluciones que quisieron ver tal pronunciamiento en [la STS, Sala de lo Civil, de 23 mayo de 2005](#)<sup>4</sup>. Sin embargo, en aquella sentencia no se venía a establecer si la presunción era *iuris tantum* o *iuris et de iure*, cuestión que no era objeto de recurso. La misma, además, confirmaba la [SAP, Sec. 15, Barcelona, 26 de](#)

---

<sup>4</sup> ROJ: STS 3307/2005; ECLI: ES:TS:2005:3307



[enero de 2000](#)<sup>5</sup>, que consideraba que el ap. 2 contenía una presunción *iuris et de iure*.

A favor de la existencia de una presunción *iuris et de iure* se posicionaron la citada sentencia de Sec. 15 de la AP de Barcelona, así como las [SSAP, Sec. 15, Barcelona, de 26 de marzo de 2002](#)<sup>6</sup> y [de 1 de diciembre de 2004](#)<sup>7</sup>; [SAP Valencia, sec. 8ª, de 7 de diciembre de 2002](#)<sup>8</sup>; [SAP Burgos, sec. 3ª, de 17 febrero de 2015](#)<sup>9</sup>; [SAP A Coruña, sec. 4ª, de 12 diciembre de 2014](#)<sup>10</sup>; [SAP Barcelona, sec. 15ª, de 6 julio de 2011](#)<sup>11</sup>.

Por el contrario, a favor de la existencia de una presunción *iuris tantum* se posicionaron la [SJMerc Madrid, núm.5, de 28 enero de 2009](#)<sup>12</sup>; [SAP Madrid, Secc. 25, de 9 julio 2010](#)<sup>13</sup>; [SSAP Baleares, sec. 5, 4 de junio 2015](#)<sup>14</sup> y de [15 septiembre 2016](#)<sup>15</sup>.

El Tribunal Supremo, en el Asunto Pokerstars.com, opta claramente por la segunda de las posibilidades.

Recuerda el Tribunal que tanto el apartado 1 como el apartado 2 del artículo 15 tienen la misma finalidad, que no se ve afectada por el hecho de que en el primer de ellos se exija la obtención de una ventaja competitiva significativa, exigencia que se omite en el segundo apartado. De esta forma, y encontramos el primer punto relevante, el apartado segundo no tiene “por objeto reprimir la simple infracción de normas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial” (FJ. 7º ap. 3), sino castigar las conductas desleales que consistan en infracciones normativas que afecten a la isonomía inicial de los competidores “y que faciliten al infractor una ventaja competitiva de la que carecería si se hubiese atendido, como lo hicieron otros competidores, al estricto cumplimiento de las diferentes normas reguladoras de su actividad” (FJ 7º ap. 5).

La obtención de una ventaja competitiva significativa pasa, así, a formar parte del ilícito por infracción de normas, independientemente de si nos encontramos ante el subtipo del apartado 1 o del apartado 2. Como señala el

<sup>5</sup> ROJ: SAP B 793/2000 - ECLI:ES:APB:2000:793

<sup>6</sup> ROJ: SAP B 13312/2002, ECLI:ES:APB:2002:1312

<sup>7</sup> ROJ: SAP B 15817/2004, ECLI:ES:APB:2004:15817

<sup>8</sup> ROJ: SAP V 6896/2002, ECLI:ES:APV:2002:6896

<sup>9</sup> ROJ: SAP BU 99/2015, ECLI:ES:APBU:2015:99

<sup>10</sup> ROJ: SAP C 3070/2014, ECLI:ES:APC:2014:3070

<sup>11</sup> ROJ: SAP B 9944/2011, ECLI:ES:APB:2011:9944

<sup>12</sup> ROJ: SJM 11:2009, ECLI: ES:JM:2009:11

<sup>13</sup> ROJ: SAP M 12291:2010, ECLI: ES:APM:2010:12291

<sup>14</sup> ROJ: SAP IB 1022:2015, ECLI: ES:APIB:2015:1022

<sup>15</sup> ROJ: SAP IB 1610:2016, ECLI: ES:APIB:2016:1610



Tribunal, “la deslealtad reside en ambos casos en la obtención de una ventaja competitiva mediante la infracción de normas” (FJ 7º ap. 5). La falta de la mención a que el sujeto infractor se prevalega en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de normas en el apartado 2 no es obstáculo para determinar su necesaria concurrencia desde el punto de vista del ilícito desleal (FJ 7º. Ap. 6º).

Con todo, la sentencia se desliza más allá del texto de la norma para introducir un requisito en el apartado 2 que, parece, había sido excluido voluntariamente por el legislador, y lo hace a costa de la propia norma que, en su dicción literal, preveía la “simple infracción” de normas concurrenciales como desencadenante del ilícito. El adjetivo “simple” deja así de tener sentido pues nada añade ahora al tenor de la norma.

No tenemos muy claro que el Supremo no haya forzado la propia norma más allá de lo que el legislador estableció claramente por querer atender a las peculiares circunstancias del caso. Basta advertir las dificultades a la hora de perfilar la naturaleza del subtipo del artículo 15.2 LCD. Si en el primer párrafo del ap. 6, el Tribunal supremo señala que la diferente redacción se debe a que la mera infracción de una norma que no tiene por objeto regular la actividad concurrencial no supone “necesariamente” la obtención de ventaja competitiva, en el párrafo 2 encontramos que la violación de una norma concurrencial tampoco lo supone “necesariamente” sino que ello sucede así “en la inmensa mayoría de los casos” de forma “general”. El problema, creemos, lo encuentra el Tribunal en el adjetivo “simple” introducido por el legislador lo que le lleva a forzar la interpretación.

Superando las discrepancias entre juzgados y tribunales de instancia, el Tribunal Supremo construye el ilícito del 15.2 LCD como un ilícito de resultado, descartando la existencia de una regla *per se*, de forma que el demandado siempre podrá alegar la existencia de una situación general de inobservancia de la norma infringida de forma que la infracción no le haya reportado ventaja significativa alguna, aunque ello suceda solo en casos excepcionales.

Ello, sin embargo, podría tener una justificación última. La promulgación de la Directiva 2014/104/UE por la que se pretenden armonizar las acciones de daños por ilícitos anticompetitivos en toda la Unión Europea ha supuesto en nuestro país una regulación propia de aquella acción de daños en el texto de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Con ello, se

termina con la indeseable situación previa de recurso al ilícito desleal del artículo 15.2 como cauce para el resarcimiento civil de los daños causados por cárteles y abusos de posición de dominio. De esta forma, el Tribunal Supremo ha reorientado su propia jurisprudencia para que el artículo 15.2 LCD se convierta en un ilícito puramente desleal. Con todo, la operación no parece ser definitiva. El recurso al artículo 15.2 LCD para el castigo de las infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE o 1 y 2 LCD ha sido siempre a modo de remiendo, ante la ausencia de una normativa clara. La cuestión, quizás, reside en la propia interpretación de “normas concurrenciales”, expresión que se recoge en el citado artículo 15.2 LCD, entendiendo que tales normas concurrenciales no son, por existencia de un régimen especial, las normas de los artículos 101 y 102 TFUE o 1 y 2 LDC.

#### JURISPRUDENCIA

SAP, Sec. 15, Barcelona, de 26 de enero de 2000 (ROJ: SAP B 793/2000, ECLI:ES:APB:2000:793)

SAP, Sec. 15, Barcelona, de 26 de marzo de 2002 (ROJ: SAP B 13312/2002)

SAP Valencia, Secc. 8ª, de 7 de diciembre de 2002 (ROJ: SAP V 6896/2002, ECLI:ES:APV:2002:6896).

SAP, Sec. 15, Barcelona, de 1 de diciembre de 2004 (ROJ: SAP B 15817/2004, ECLI:ES:APB:2004:15817).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 23 mayo de 2005 (nº 415/2005, rec. 1186/2000).

SJMerc Madrid, núm.5, de 28 enero de 2009 (ROJ: SJM 11:2009, ECLI: ES:JM:2009:11).

SAP Madrid, Secc. 25, de 9 julio 2010 (ROJ: SAP M 12291:2010, ECLI: ES:APM:2010:12291).

SAP A Coruña (Sección 4ª), de 12 diciembre de 2014 (ROJ: SAP C 3070/2014, ECLI:ES:APC:2014:3070).

SAP Barcelona (Sección 15ª), de 6 julio de 2011 (ROJ: SAP B 9944/2011, ECLI:ES:APB:2011:9944).

SAP Burgos (Sección 3ª), de 17 febrero de 2015 ( ROJ: SAP BU 99/2015, ECLI:ES:APBU:2015:99 ).

SAP Baleares, Secc. 5, 4 de junio 2015 (ROJ: SAP IB 1022:2015, ECLI: ES:APIB:2015:1022).

SAP Baleares, Secc. 5ª, de 15 septiembre 2016 (ROJ: SAP IB 1610:2016, ECLI: ES:APIB:2016:1610).

STS, Sala de lo Civil, de 15 de mayo de 2017 (ROJ STS 1922/2017, ECLI:  
ES:TS:2017:1922)

AJFV