



Roj: **SAP MA 808/2017 - ECLI:ES:APMA:2017:808**

Id Cendoj: **29067370042017100196**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **08/02/2017**

Nº de Recurso: **693/2014**

Nº de Resolución: **81/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAIME NOGUES GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA.**

**SECCIÓN CUARTA.**

**PRESIDENTE, ILMO. SR.**

**D. JOAQUÍN DELGADO BAENA.**

**MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.**

**D. FRANCISCO SÁNCHEZ GÁLVEZ.**

**D. JAIME NOGUÉS GARCÍA.**

**RECURSO DE APELACIÓN 693/2014..**

**PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO SEIS DE MARBELLA.**

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO 278/2012.**

**S E N T E N C I A Nº 81/2017**

En la ciudad de Málaga a ocho de febrero de dos mil diecisiete.

Visto, por la sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación frente a la sentencia dictada en el procedimiento ordinario 278/2012, procedente del juzgado de Primera Instancia número Seis de Marbella, interpuesto por don Jose Manuel , demandante ebn la instancia que comparece en esta alzada representado por la procuradora doña Lourdes Ruiz Rojo, defendido por el letrado sr. Romeral del Corral. Es parte recurrida don Luis María , demandado en la instancia que comparece en esta alzada representado por el procurador don Eusebio Villegas Peña, asistido del letrado sr. Aurrecochea Garay. No se ha personado en forma el codemandado don Juan Francisco .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La Magistrada-Juez del juzgado de Primera Instancia número Seis de Marbella dictó sentencia el 14 de abril de 2014 , en el procedimiento ordinario 278/2012, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*" QUE DESESTIMANDO la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. RUIZ ROJO, en nombre y representación de Jose Manuel , contra Juan Francisco , y Luis María , debo absolver y absuelvo a los referidos demandados de todos los pedimentos formulados en su contra. Las costas procesales se imponen a la parte demandante" .*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada y admitido a trámite el recurso y la impugnación, el juzgado realizó los preceptivos traslados y transcurrido el plazo elevaron los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 7 de noviembre de 2016, quedando visto para sentencia.



**TERCERO** .- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Es ponente el Ilmo. sr. Magistrado don JAIME NOGUÉS GARCÍA, quien expresa el parecer del Tribunal.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Interpone la parte demandante recurso de apelación frente a la sentencia dictada en la instancia, que ha desestimado las pretensiones ejercitadas frente a los demandados, alegando los motivos siguientes: 1) Infracción del artículo 33 del Convenio de **Lugano** y de la doctrina relativa a los efectos reflejos positivos de las sentencias, pues reconocidos de manera incidental, como antecedentes lógicos y por tanto elementos fácticos de la sentencia los hechos probados contenidos en las sentencias dictadas por el tribunal suizo, su contenido ha de ser tenido en cuenta de forma íntegra, pese a lo cual la juzgadora de instancia ha tomado en consideración únicamente los hechos que tienen encaje en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, obviando otros de especial trascendencia, como que el sr. Juan Francisco nunca ha poseído acciones, ni ha participado, directa o indirectamente, en el 50% de la sociedad Bjerke S.A. (actualmente Siever Spain 2000 S.L.), que cualquier titularidad del mismo sobre las acciones o cualquier derecho de suscripción preferente sobre las mismas son falsas, y que el sr. Jose Manuel se vio inducido por falsas informaciones suministradas por el sr. Juan Francisco, introduciendo un hecho nuevo, cual es que adquirió el 50% de las acciones mediante un acuerdo verbal, que en ningún momento ha sido declarado probado por los tribunales suizos. 2) Error en la valoración de la prueba respecto del contrato privado de compraventa de acciones de fecha 16 de abril de 1999, que la juzgadora califica como mera cesión de créditos, y posteriormente como acuerdo de voluntades o promesa de compraventa, y que en la demanda se solicitaba, como pretensión principal, se declarase había quedado sin efecto tras el otorgamiento de escritura pública el 7 de octubre de 1999, o alternativamente, su declaración de nulidad de pleno derecho por simulación absoluta o relativa y/o falta de poder de disposición, en ambos casos con declaración de validez y eficacia de la escritura pública de 7 de octubre de 1999, pretensiones principal que ha sido desestimada sobre la base de que no existe una elevación a público (no era motivo esgrimido en la demanda), y por considerar una inexistente condición suspensiva, base errónea que hace quebrar los razonamientos posteriores de la sentencia recurrida, pues el contrato privado y la escritura pública contenían datos contradictorios e incompatibles, no pudiendo mantenerse la validez de ambos, sino únicamente de la escritura pública. 3) Infracción del artículo 217 LEC, ya que no puede desplazarse a dicha parte la carga de acreditar la titularidad de las participaciones por parte del sr. Juan Francisco o su derecho de suscripción preferente, pues nunca ostentó participación alguna en la sociedad, correspondiendo la prueba de los hechos extintivos o impeditivos a quien los alega, amén de la facilidad probatoria de ambas partes, siendo lo cierto que ha acreditado que el sr. Juan Francisco nunca fue socio o accionista de la compañía Siever Spain 2000 S.L.

Los demandados se oponen al recurso formulado, alegando, con carácter previo, un hecho nuevo de especial trascendencia sobre el procedimiento, el dictado de sentencia el 12 de junio de 2014 por el Tribunal del Cantón de Zug (Suiza), sala 3ª, que desestima la demanda formulada por el hoy recurrente frente al codemandado sr. Juan Francisco, en reclamación del 50% de las acciones de la sociedad Siever Holding AG (accionista única de Siever Spain S.L.), rechazando en su consideración 7 que hubiera engaño o error para el hoy recurrente, pero que en caso de haber existido, en aplicación del art.31 párrafo 1 del derecho de obligaciones suizo (OR) la declaración que realizó el 9 de junio de 1999, en la que daba instrucciones a Inertrust Services A.G. de constituir la sociedad Siever Holding A.G. al 50% con el codemandado sr. Juan Francisco, se consideraría aprobada por ministerio de ley, reiterado en el considerando 9.2.2., que, tanto la declaración de 9 de junio de 1999 como el contrato de 16 de abril de 1999 son válidos.

Seguidamente, por separado, combaten los motivos del recurso, solicitando la confirmación de la sentencia dictada en la instancia por ser ajustada a derecho.

**SEGUNDO** .- Los antecedentes fácticos de las cuestiones sometidas a consideración de la sala pueden sintetizarse del modo siguiente:

I.- La representación procesal de don Jose Manuel formuló demanda de juicio ordinario, cuyo conocimiento correspondió al juzgado de Primera Instancia número Seis de Marbella, frente a don Luis María y don Juan Francisco, solicitando el dictado de sentencia por la que se declarase que el contrato de compraventa de acciones de fecha 16 de abril de 1999, suscrito con los demandados, quedó sin efecto tras la formalización de la escritura pública de compraventa de acciones de fecha 7 de octubre de 1999, o alternativamente, la nulidad de pleno derecho del referido contrato de compraventa de acciones de fecha 16 de abril de 1999, por simulación absoluta o relativa y/o falta de poder de disposición, y en ambos casos, declarando la eficacia de la escritura pública de compraventa de acciones de fecha 7 de octubre de 1999. Subsidiariamente, solicitaba la integración del contrato de compraventa de acciones de fecha 16 de abril de 1999, declarando que el sr. Juan



Francisco , con anterioridad al 7 de octubre de 1999 no era titular del 50% de las acciones de la Compañía SIEVER SPAIN 2000 S.L., declarando igualmente que no ostentaba derecho de adquisición preferente sobre acciones de la compañía. Todo ello con expresa condena en costas de los demandados.

II.- Ambos demandados se opusieron a la demanda, alegando que el acuerdo de 16 de abril de 1999 no era un contrato de compraventa de acciones sino un acuerdo de voluntades para una futura transmisión de acciones; que a esa fecha aún no se había elevado a público el acuerdo privado de venta de acciones de Bjerke S.A.. lo que hacía imposible formalizar en documento público el acuerdo de venta, por lo que pensaron sustituir como compradora a una de las sociedades (Nic&Gab S.L.), en lugar de western textiles Mark Company N.V., de ahí que se indicara provisionalmente a aquella entidad, si bien finalmente se elevó a público la escritura con la sociedad compradora inicialmente pensada. Añadían que a la fecha del acuerdo de 16 de abril de 1999 el demandante y el sr. Juan Francisco eran los titulares del 100% del capital de Bjerke S.A., a través de las tres sociedades que la componían, siendo el sr. Juan Francisco titular del 50% de las acciones en virtud de un acuerdo previo entre él y el sr. Luis María , que resultaba ajeno a las relaciones contractuales con el demandante, por lo que en el acuerdo litigioso el sr. Luis María vendía el 50% de las acciones de Bjerke S.A. al demandante, renunciando el sr. Juan Francisco a su derecho de preferencia en la compra como titular del otro 50%, vendiéndose por tanto al demandante únicamente el 50% de las acciones del sr. Luis María , conociendo todos los intervinientes el contenido del acuerdo perfectamente.

El sr. Jose Manuel y el sr. Juan Francisco constituyeron una sociedad, denominada Siever Holding A.G., con la intención de que actuara como sociedad instrumental en la venta del 50% de las acciones de Bjerke S.A. al demandante, si bien condicionada al pago del precio dentro del plazo pactado, posteriormente ampliado, siendo la finalidad del acuerdo objeto del procedimiento establecer el modo de participación del sr. Jose Manuel en un proyecto inmobiliario que Bjerke S.A. pretendía desarrollar sobre unos terrenos de su propiedad en la localidad de Benahavís, para lo cual tanto el demandante como el sr. Juan Francisco han venido actuando conjuntamente, por lo que aque no puede contradecir sus actos propios ni ignorar la condición del sr. Juan Francisco como cotitular del 50% de las participaciones de la actualmente denominada Siever Spain 2000 S.L., ni atribuirse el 100% de la titularidad de los terrenos que integran el proyecto inmobiliario desarrollado por Bjerke S.A.

En apoyo de su tesis aportaron la sentencia firme dictada el 19 de junio de 2012 por el Tribunal Superior del Cantón de Zug (Suiza), que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado del Cantón de Zug, Sala 3, de 28 de octubre de 2010 , en un procedimiento instado por el sr. Juan Francisco frente a Intertrust Services A.G., en el que intervino como coadyuvante de la sociedad demandada el sr. Jose Manuel , por la que se condenó a la sociedad demandada a devolver al sr. Juan Francisco el 50% de las acciones de Siever Holding AG, que devino accionista único de Bjerke S.A., cambiando su denominación a la de Siever Spain 2000 S.L.

III.- La sentencia dictada en la instancia ha desestimado la demanda, realizando la Magistrado-Juez un prolijo relato de los hechos acreditados, en el fundamento de derecho segundo, rechaza las pretensiones del demandante y hoy recurrente.

A) Respecto de la pretensión principal, que se declare que el acuerdo litigioso de 16 de abril de 1999 ha quedado sin efecto tras la escritura pública de 7 de octubre de 1999, que considera válida, por la circunstancia de que aquél no se formalizase en escritura pública, comienza anticipando, en el fundamento de derecho tercero, que *"dicha pretensión carece de base jurídica alguna"* , invocando el artículo 120 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que deroga la anterior normativa contenida en la Ley de Sociedades Anónimas (aunque reproduce básicamente el artículo 56 del texto derogado), concluyendo que *"tratándose de la transmisión de acciones nominativas sin estar los títulos impresos, pues no se ha acreditado lo contrario, deben aplicarse a su transmisión las normas de cesión de créditos y derechos incorporales de los artículos 1.526 y siguientes del Código Civil, de manera que la transmisión de las acciones se produce por el mero consentimiento"* , añadiendo que *"por ello no es posible concluir que el acuerdo litigioso devenga ineficaz porque haya sido "sustituido" por la escritura pública de 7 de octubre de 1999, ya que, por un lado la formalidad pública es necesaria sólo para que el acuerdo tenga efectos frente a terceros, y porque, de otro lado, la escritura pública es precisamente consecuencia del acuerdo privado anterior litigioso, sin el cual no puede comprenderse, habiendo condicionado las partes la eficacia del mismo a la posterior escritura, pero sin que aquél devenga ineficaz por tal otorgamiento posterior, sino al contrario, reforzando dicha escritura la eficacia de la cesión inicial. Es por ello que no resulta congruente solicitar la declaración de ineficacia del acuerdo privado (primera pretensión del suplico de la demanda) en base a que posteriormente se otorgase una escritura pública formalizándolo"* ,

B) En cuanto al pedimento alternativo, la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato de fecha 16 de abril de 1999, por simulación absoluta o relativa y/o falta de poder de disposición, y subsidiario de declaración de que el sr. Juan Francisco no era titular del 50% de las acciones de Siever Spain 2000 S.L.



(antes Bjerke S.A.) y que no ostentaba derecho de adquisición preferente en la compañía, es rechazado por las razones expuestas en el extenso fundamento de derecho cuarto, en el que la juzgadora de instancia valora las pruebas practicadas, tanto en dicho procedimiento como en el seguido ante los tribunales suizos, concluyendo que " *En consecuencia, y no apreciando la concurrencia de los motivos de nulidad invocados por la parte demandante, considerando justificada la existencia de una causa verdadera y lícita en el acuerdo privado litigioso, no apreciando la simulación contractual ni absoluta ni relativa, ni estimando probadas las circunstancias alegadas por la parte demandante, no procede declarar la nulidad del acuerdo litigioso, ni su eficacia, no procediendo tampoco la integración del contrato en el sentido solicitado por la parte actora* ".

**TERCERO** .- Los motivos del recurso vienen a combatir los razonamientos de la juzgadora de instancia que han abocado en el dictado de la sentencia desestimatoria de las pretensiones del demandante, alegando errónea valoración de la prueba, indebida calificación del contrato objeto del litigio y aplicación del derecho, en concreto del Convenio de **Lugano**, que en su artículo 33 , referido al reconocimiento de resoluciones judiciales adoptadas por un tribunal de un Estado vinculado por dicho Convenio, apartado 3, establece que "Si el reconocimiento se invocare como cuestión incidental ante un tribunal de un Estado vinculado por el presente Convenio, dicho tribunal será competente para entender del mismo", y es que sostiene el recurrente que la juzgadora de instancia, pese a la voluntad concorde de las partes de aceptar, de manera incidental, como antecedentes lógicos y por tanto elementos fácticos de la sentencia los hechos probados contenidos a su vez en las sentencias dictadas por el Tribunal Suizo, aportadas al procedimiento, únicamente ha tomado en consideración los hechos que tienen encaje en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, obviando otros de especial trascendencia, como que el sr. Juan Francisco nunca ha poseído acciones, ni había participado, directa o indirectamente, en el 50% de la sociedad Bjerke S.A. (actualmente Siever Spain 2000 S.L.), que cualquier titularidad del mismo sobre las acciones o cualquier derecho de suscripción preferente sobre las mismas son falsas, y que el sr. Jose Manuel se vio inducido por falsas informaciones suministradas por el sr. Juan Francisco , introduciendo un hecho nuevo, cual es que adquirió el 50% de las acciones mediante un acuerdo verbal, que en ningún momento ha sido declarado probado por los tribunales suizos.

Los motivos del recurso han de ser desestimados, pues todas las cuestiones controvertidas han sido resueltas de forma correcta en la sentencia recurrida, no incurriendo la juzgadora de instancia en error, ni en la valoración de la prueba practicada ni en la aplicación del derecho.

Como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2015 , el Tribunal Constitucional, en su labor de interpretación del artículo 24 de la Constitución Española , ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su relación directa con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, en las sentencias 29/2005, de 14 de febrero y 211/2009, de 26 de noviembre , destacó que " *concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración* ". En la número 55/2001, de 26 de febrero, el Tribunal enumera los requisitos que deben concurrir para apreciar vulneración de la tutela judicial efectiva, en particular, que el error debe ser patente, es decir, " *inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia* ".

Quiere ello decir que no todos los errores sobre valoración de la prueba tienen relevancia constitucional, sino que como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio 2012 es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º) Que se trate de un error fáctico, - material o de hecho - , es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

Ninguno de dichos presupuestos concurre en el supuesto analizado, debiendo además incidirse, de manera especial, en el hecho nuevo que supone el dictado de la sentencia de 12 de junio de 2014 por el Tribunal del Cantón de Zug (Suiza), sala 3ª, que desestima la demanda formulada por el hoy recurrente frente al codemandado sr. Juan Francisco , en reclamación del 50% de las acciones de la sociedad Siever Holding AG (hoy Siever Spain S.L.), que viene a corroborar los acertados razonamientos de la juzgadora de instancia, sin que sea cierto, como alega el recurrente al pronunciarse sobre dicha resolución en su escrito de fecha 4 de noviembre de 2014, que la sentencia del Tribunal suizo haya tomado en consideración hechos y pronunciamientos que se contienen en la sentencia ahora recurrida y que, por tanto, no puedan ser tenidos en consideración los elementos de hecho o los pronunciamientos en ella contenidos al no ser posible el efecto reflejo o probatorio de la sentencia extranjera, en este caso la que es objeto de recurso, precisamente por no ser firme, pues provocaría un doble efecto reflejo, al reflejarse la sentencia española en el proceso extranjero, decidiéndolo, y reflejándose a su vez la sentencia extranjera en el proceso de apelación que decide la firmeza de





la primera. Es más, alega que la sentencia aportada por los demandantes, pese a no manifestarse vinculada por el procedimiento objeto del presente recurso, "sin embargo siga a pies juntillas las declaraciones efectuadas por la sentencia de instancia que ha sido recurrida" (sic, párrafo octavo del escrito presentado ante esta sala el 4 de noviembre de 2014, folio 120 del rollo de apelación).

Nada más lejos de la realidad, pues independientemente del derecho del recurrente de discrepar del contenido de la sentencia firme, y por tanto ejecutoria, dictada por el Tribunal del Cantón de Zug (Suiza), basta una lectura, no parcial ni sesgada de la misma, para concluir lo contrario. Así, en el punto 9 de los antecedentes, expone el Tribunal suizo: " *Mediante escrito de 17 de abril de 2014 (Anexo 19), el demandado comunicó que, mediante sentencia de 14 de abril de 2014, el Juzgado de primera instancia de lo Civil de Marbella había desestimado totalmente la demanda interpuesta por el demandante contra el demandado, con condena en costas para el demandante, tema que se trataría en la vista principal el 15 de mayo de 2014* ", añadiendo en el antecedente 10 que " *En la vista principal del 15 de mayo de 2014 el demandante insistió en las pretensiones procesales que se han mencionado al principio y presentó un pedimento para que se realizara un procedimiento de toma de pruebas ordinario y se dictara un auto de recibimiento de pruebas, y, por tanto, y de conformidad con el artículo 228 del código de enjuiciamiento civil suizo (ZPO), se suspendiera la vista principal después de las alegaciones de las partes para proceder a la toma de pruebas (Anexos 20 y 21). El demandado insistió en las pretensiones procesales que se han mencionado al principio, presentó la sentencia del juzgado de primera instancia de Marbella del 14 de abril de 2014 y reforzó su postura (Anexos 20 y 22)* ".

Es decir, la sentencia que ahora es objeto del recurso fue incorporada al procedimiento, pero el tribunal suizo no acepta, sin más, las conclusiones de la juzgadora de instancia, y así, al pronunciarse sobre la "toma de pruebas" solicitada por el demandante, las rechaza por las razones expuestas en la consideración 3: " *(...) Hay que tener en cuenta que en el procedimiento A3 2005 113 [referido a un anterior litigio resuelto por las sentencias del tribunal suizo incorporadas a las actuaciones] ya hubo interrogatorios a las partes demandante (entonces como interviniente secundario) y demandada (entonces como demandante) y a los testigos. Tal y como alega justamente el demandado (Anexo 20, pág. 3, abajo), ya se han presentado todas las pruebas necesarias (...). Los hechos relevantes ya están suficientemente aclarados y el juez no tiene ninguna obligación general de aceptar todas las pruebas que se ofrecen (...). En las siguientes consideraciones se tratarán, en la medida en que resulte necesario, las distintas pruebas aportadas* ", lo que quiere decir que resuelve la controversia atendiendo a todo el material probatorio, incluyendo el que constaba en el anterior procedimiento tramitado por los tribunales suizos, valorándolo libremente atendidas las circunstancias concurrentes, y respecto del procedimiento que es objeto del presente recurso, y de la sentencia recaída en el mismo, ya advierte que no es firme ni, por tanto vinculante, teniéndola en cuenta como un elemento más de prueba, como expresa en la consideración 6.2: " *El 6 de mayo de 2012, el demandante interpuso una demanda en España contra Luis María y el demandado y solicitó que se declarara la ineficacia del contrato de 16 de abril de 1999, o, como alternativa, la declaración de nulidad/insubsanabilidad del contrato de 16 de abril de 1999 como acto jurídico fingido o negocio simulado y/o por falta de capacidad dispositiva (BB17). Según un escrito del demandado de 17 de abril de 2014 (Anexo 19), la demanda fue desestimada en su totalidad por el Juzgado Civil de Marbella mediante sentencia de 14 de abril de 2014 (KB 60). La sentencia de 14 de abril de 2014 se puede considerar una novedad auténtica a los efectos del artículo 229, párrafo 1, letra a, del código de enjuiciamiento civil suizo (ZPO), por lo que puede tenerse en cuenta este medio de prueba aportado en la vista principal (KB 60 y 61 y BB 16 y 17). Aunque esta sentencia aún no ha causado ejecutoria, contrariamente a las alegaciones del demandante (Anexo 20, pág.2 arriba) sí puede tenerse en cuenta para la apreciación de pruebas. El demandante alega que, según el artículo 37 del Convenio de **Lugano**, el procedimiento puede aplazarse, ya que la sentencia del juzgado de primera instancia de Marbella no ha causado ejecutoria (Anexo 20, pág.2 arriba). Según el artículo 37, punto 1 del Convenio de **Lugano**, el juzgado de un país firmante de este acuerdo ante el que se esgrima el reconocimiento de una decisión dictada por otro país firmante de este acuerdo podrá aplazar el procedimiento si se ha presentado un recurso ordinario contra la decisión. El aplazamiento queda a discreción del juzgado del segundo país (Walther, en: Dasser/Oberhammer [edit.], Handkommentar, 2ª de., Bern 2011, N 8 en relación con el artículo 37 del Convenio de **Lugano**). El procedimiento que nos ocupa se refiere a la devolución de las acciones litigiosas, y no directamente a la nulidad del contrato de 16 de abril de 1999. En el procedimiento seguido en España las partes no son exactamente las mismas que en el que nos ocupa. Aunque los dos procedimientos guardan una cierta relación, no hay pendencia directa entre el procedimiento que nos ocupa y el resultado de un posible recurso presentado en España. Por eso, y de conformidad con el artículo 37, punto 1 del Convenio de **Lugano**, el procedimiento que nos ocupa no se aplazará* ".

La pormenorizada valoración de la prueba que obraba en poder del tribunal suizo lleva a unas conclusiones que afectan de forma directa al presente procedimiento y, por tanto, han de ser tenidas en cuenta para la resolución del recurso de apelación en virtud del efecto reflejo establecido en el art. 33.2 del Convenio de **Lugano** (que expresamente aceptaron las partes en la instancia, no resultando de recibo pretender restarles, o



incluso negarles eficacia con argumentos de escasa consistencia jurídica, como pretende el recurrente), que son las siguientes:

1) Que no hubo engaño ni error para el demandante, y que, independientemente de esto, el demandante tampoco impugnó eficazmente su declaración de 9 de junio de 1999 ni el contrato de 16 de abril de 1999 (consideración 7).

2) Que el demandado (sr. Juan Francisco ), en virtud de su acuerdo con el sr. Luis María , tenía un derecho obligatorio al 50% de Bjerke Interconstruction S.A., y no hubo acto engañoso, ni error, por lo que tanto la declaración de 9 de junio de 1999 como el contrato de 16 de abril de 1999 son válidos. Por tanto el demandado no adquirió sin causa jurídica el derecho al 50% de las acciones litigiosas, ni se enriqueció injustamente (consideración 9.2).

**CUARTO** .- No puede aceptarse que, como alega el recurrente al pronunciarse sobre la incorporación al recurso de la sentencia ejecutoria dictada por el Tribunal del Cantón de Zug (Suiza), sala 3ª, el 12 de junio de 2014, la misma carezca de efectos de cosa juzgada por versar el proceso sobre un objeto distinto, con partes parcialmente distintas y distinta, también parcialmente, causa de pedir, pues aquella tenía por objeto la condena del demandado, sr. Juan Francisco , a devolver un certificado de acciones correspondientes a 50 acciones al portador de la sociedad suiza Siever Holding AG, mientras que en la ventilada en España, y que es objeto del presente recurso, pretendía la ineficacia o subsidiaria integración del contrato celebrado el 16 de abril de 1999, pues precisamente la eficacia de este último contrato se configuraba como presupuesto lógico y antecedente necesario para resolver la controversia suscitada ante el tribunal suizo, que no acordó la suspensión del procedimiento atendiendo a la discrecionalidad que le otorgaba el artículo 37.1 del Convenio de **Lugano** , e insistimos, dicho tribunal era consciente de la carencia de fuerza ejecutiva de la sentencia objeto del presente recurso precisamente por dicha pendencia, atribuyéndole meros efectos probatorios, sin vinculación alguna con lo resuelto en la misma, siendo evidente que, al pronunciarse sobre la validez del contrato de 16 de abril de 1999 en sentido afirmativo, extiende los efectos de la cosa juzgada positiva al presente procedimiento, siendo por tanto de aplicación el art. 33.2 del Convenio de **Lugano** , pues como ya tuvo ocasión de pronunciarse esta sala en sentencia de 4 de abril de 2016 (recurso nº 814/2013 ), "(...) *con arreglo a lo establecido en el art. 222.4 de la LEC y a la jurisprudencia que lo interpreta, según la cual la función positiva de la cosa juzgada consiste en que el tribunal que deba pronunciarse sobre una determinada relación jurídica que es dependiente de otra ya resuelta ha de atenerse al contenido de la sentencia allí pronunciada; o lo que es lo mismo, queda vinculado por aquel juicio anterior sin poder contradecir lo ya decidido; siendo el efecto al que se refiere el artículo 222.4 LEC para el que no se exige que concurren las tres identidades que integran el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada, pues basta con la identidad subjetiva en ambos procesos, cualquiera que sean las posiciones que se ocupen en cada uno de ellos, y con que lo que se haya decidido en el primero constituya un antecedente lógico de lo que sea objeto del posterior ( STS de 17 de junio de 2011, recurso nº 1515/2007 ); siendo la finalidad perseguida la de evitar pronunciamientos contradictorios incompatibles con el principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, con el derecho a la tutela efectiva cuando se está ante una sentencia firme que afecte a materias indisolublemente conexas con las que son objeto de un pleito posterior» ( sentencia del Tribunal Supremo 685/2015, de 5 de marzo , que cita en el mismo sentido las anteriores de 26 enero 2012 (recurso nº 156/2009) y 2 abril 2014 (recurso nº 1516/2008) , continuando nuestro razonamiento del modo siguiente: " Ello quiere decir que, en tanto no se ha desvirtuado el pronunciamiento judicial anterior, consentido por la apelante, con otra sentencia que, sobre la base de circunstancias distintas a las contempladas anteriormente y que no pudieran ser aducidas en aquel procedimiento o por otras sobrevenidas (...) el efecto positivo de la cosa juzgada ha de considerarse obstativo a la pretensión de condena (...)"*.

La sentencia recurrida resuelve todas las cuestiones controvertidas a la luz de la prueba practicada y de los antecedentes que, en esa fecha, obraban en el procedimiento (en concreto, la sentencia de 19 de junio de 2012, dictada por el Tribunal Superior del Cantón de Zug (Suiza), que confirmó la sentencia dictada por el juzgado del Cantón de Zug, Sala 3, de 28 de octubre de 2010 , que condenaba a Intertrust Services a devolver al sr. Juan Francisco el 50% de las acciones de Siever Holding AG), sin que, contrariamente a lo alegado por el recurrente, la juzgadora de instancia se aparte de la causa de pedir, lo que implicaría incongruencia, pese a no alegarla como motivo del recurso, pues debe recordarse que, como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 19 abril de 2016 , con cita en las anteriores de 17 de febrero de 2015 y 19 de septiembre de 2014 , el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica. El juicio sobre congruencia de la resolución judicial precisa, por tanto, de la confrontación entre su parte dispositiva -dictum- y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, y por los elementos objetivos, la causa de pedir (entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas), y el propio petitum o



pretensión solicitada ( STS de 13 de junio de 2005 ), de forma que la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia ( SSTS de 30 de marzo de 1988 , y 20 de diciembre de 1989 ), labor de contraste o comparación que no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad, bastando que se dé la racionalidad y la lógica jurídica necesarias así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo, en todo o en parte ( STS de 4 de octubre de 1993 ).

Independientemente de que, como reiteradamente viene proclamando el Tribunal Supremo (por todas, las sentencias de 26 de julio de 1994 , 25 de enero de 1995 , 24 de enero de 2001 , 29 de septiembre de 2003 y 11 de julio de 2007 ), las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada no pueden tacharse de incongruentes, al resolver todas las cuestiones propuestas y debatidas, conviene puntualizar que, como ya tuvo ocasión de decir esta sala (sentencia de 15 de mayo de 2015, recurso de apelación número 290/2013 ), " (...) *el principio iura novit curia permite al juez fundar su fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocados por las partes. El Juez debe decidir sobre la esencia de lo pedido y discutido en el pleito y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitados por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia "extrapetium" cuando el tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia necesaria o inescindible de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso*", y eso es lo que ha hecho la juzgadora a través del proceso deductivo lógico-jurídico, calificando el contrato de 16 de abril de 1999 como acuerdo de voluntades, consecuencia de un acuerdo verbal previo entre el sr. Jose Manuel y el sr. Juan Francisco del que se derivaría que el segundo ostentaba un derecho sobre el 50% de las acciones de Bjerke S.A., conclusión a la que llega tras valorar el testimonio del sr. Ismael , letrado que asesoró a ambas partes, quien en el proceso seguido en Suiza, al ser preguntado sobre la titularidad del 50% de las acciones por parte del sr. Juan Francisco , contestó que era debido a un acuerdo entre el sr. Luis María y el sr. Juan Francisco por el que este último habría asumido un 50% de las acciones que ostentaba el sr. Luis María , dando cumplida respuesta en derecho a la pretensión subsidiaria tras rechazar, como también ha hecho la sentencia dictada el 12 de junio de 2014 por el Tribunal del Cantón de Zug (Suiza), sala 3ª, aportada tras el dictado de la sentencia que es objeto del presente recurso, que el contrato de 16 de abril de 1999 fuera simulado, o que el sr. Juan Francisco careciera de poder de disposición sobre el 50% de las acciones de Bjerke S.A., siendo dicho contrato válido y eficaz.

Se queja el recurrente de que la juzgadora de instancia vulnera el artículo 217 LEC , al pretender desplazarle la carga de acreditar la titularidad de las participaciones por parte del sr. Juan Francisco o su derecho de suscripción preferente, pese a que nunca ostentó participación alguna en la sociedad, argumento inconsistente a la vista de la prueba practicada, y es que la sentencia recurrida, lejos de llevar a cabo ese supuesto desplazamiento probatorio, lo que censura al demandante es la imposibilidad de haber dispuesto del testimonio del abogado sr. Ismael al no haberlo relevado del deber de secreto profesional, testigo que hubiera podido aclarar los extremos controvertidos por su intervención directa, como asesor, en las negociaciones y acuerdos entre las partes, no obstante lo cual la juzgadora acude a la declaración prestada por el mismo en el procedimiento tramitado ante los tribunales suizos para extraer conclusiones que refuerzan las conclusiones a que llega, tras valorar en su conjunto toda la prueba practica, para la resolución del litigio, testimonio que por otra parte fue tenido en cuenta por los tribunales suizos, por lo que ninguna indefensión se ha ocasionado al hoy recurrente, a quien lo que en realidad atribuye la juzgadora de instancia (fundamento de derecho cuarto, penúltimo párrafo) es la carga de probar la concurrencia de engaño en la suscripción del acuerdo de 16 de abril de 1999, así como que tanto el sr. Luis María como el sr. Juan Francisco no tenían poder de disposición sobre las acciones de Siever Holding AG, como titular del 50% de las acciones de Bjerke S.A., teniendo en cuenta, precisamente, el principio de facilidad probatoria consagrado en el apartado 6 del citado artículo 217 LEC , aunque en cualquier caso de la prueba practicada ante los tribunales suizos y de la declaración de hechos probados contenido en las sentencias dictadas en primera instancia y en apelación, lo que ha quedado acreditado es todo lo contrario, la propiedad por parte del sr. Juan Francisco del 50% de las acciones de Siever Holding AG, sociedad adquirente a su vez del 100% del capital social de Bjerke Inter Construction S.A., y que pasó a denominarse Siever Spain 2000 S.L., siendo significativo que, como indica la sentencia recurrida, en el extenso fundamento de derecho cuarto, el sr. Jose Manuel declaró en el procedimiento seguido en suiza que, aunque pensaba que a través del acuerdo de 16 de abril de 1999 había adquirido el 100% de la sociedad, con un derecho de opción del sr. Juan Francisco sobre el 50%, seguidamente manifestó que la entidad Siever fue constituida por instrucciones suyas, utilizando la abreviatura de ambos apellidos porque era importante utilizar el nombre " Luis Pedro ", al disponer el mismo de los contactos políticos necesarios en España para desarrollar el proyecto urbanístico para el que había comprado los terrenos (el sr. Jose Manuel ), si bien al



no autorizar el Ayuntamiento el aumento de uso urbanístico no pudo obtenerse la plusvalía del terreno, lo que pugna con cualquier posible desconocimiento del contenido del contrato a falta de prueba contundente en contra, excluye tanto la simulación como motivo de nulidad del acuerdo o contrato, pues sí tenía causa para las partes intervinientes, como igualmente cualquier engaño.

En definitiva, dando por reproducidos los acertados razonamientos de la juzgadora de instancia para desestimar la demanda en su integridad, evitando nuevas reiteraciones innecesarias, hacemos nuestras, por las razones expuestas tanto en la sentencia de instancia como en la de esta alzada, las conclusiones vertidas en el último párrafo del fundamento de derecho cuarto: "*En consecuencia, y no apreciando la concurrencia de los motivos de nulidad invocados por la parte demandante, considerando justificada la existencia de una causa verdadera y lícita en el acuerdo privado litigioso, no apreciando la simulación contractual ni absoluta ni relativa, ni estimando probadas las circunstancias alegadas por la parte demandante, no procede declarar la nulidad del acuerdo litigioso, ni su eficacia, no procediendo tampoco la integración del contrato en el sentido solicitado por la parte actora*", debiendo ser confirmada íntegramente la sentencia recurrida.

**QUINTO** .- Desestimado el recurso de apelación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer al recurrente las costas devengadas en esta alzada, con pérdida del depósito constituido en su día para recurrir ( Disposición adicional Decimoquinta LOPJ ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación general.

## FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Lourdes Ruiz Rojo, en nombre y representación de don Jose Manuel, frente a la sentencia dictada el 14 de abril de 2014 por la Magistrada del juzgado de Primera Instancia número Seis de Marbella, en el procedimiento ordinario 278/2012, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo al recurrente las costas procesales devengadas en esta alzada.

Dése al depósito constituido en su día para recurrir el destino previsto.

Devuélvanse los autos originales, con testimonio de la presente sentencia, al juzgado de su procedencia, a los efectos oportunos.

Por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior resolución por el lltmo. sr. Magistrado Ponente, estando celebrando Audiencia Pública. Doy fe.