

## Jurisprudencia

### Reseña jurisprudencial e-Dictum 96

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

#### TRIBUNAL SUPREMO

##### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 178/2017] DE 16 DE DICIEMBRE DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

*Concurso de acreedores: calificación del concurso como culpable. La regulación del concurso culpable establece seis comportamientos que, sin necesidad de acreditar la relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia, ni el dolo o la culpa grave, merecen cada uno de ellos la calificación culpable del concurso. La falta de aportación de documentación contable podría incardinarse en más de un comportamiento o causa de concurso culpable, ahora bien, al encerrar el mismo desvalor, podría calificarse culpable el concurso por cualquier de ellas, pero no por dos al mismo tiempo. Así, si se contempla la concurrencia de inexactitudes graves en la documentación presentada con la solicitud de concurso, es necesario que la inexactitud denunciada no haya sido ya objeto de valoración por aplicación de un precepto preferente que contemple el mismo desvalor, como ocurre cuando la inexactitud en las cuentas anuales acompañadas a la solicitud del concurso ha sido considerada como irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera y ha determinado esa específica causa de culpabilidad.*

«En la sección de calificación del concurso de acreedores de Troquelería del Norte S.L.U., el juzgado dictó sentencia que calificó el concurso de culpable al apreciar las siguientes causas.

i) Incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad y comisión de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación financiera de la empresa (164.2.1º LC) por: no depositar las cuentas anuales de 2011 en el Registro Mercantil; no legalizar los libros oficiales de ese ejercicio; no efectuar la integración contable de las sociedades fusionadas (Industrial de Estampación y Componentes S.L.U., y Troquelería del Norte S.L.U.); no

contabilizar el deterioro de cuentas a cobrar con la sociedad del grupo GIWmbH, por importe de 642.000 euros; no justificar en forma documental una salida de bienes del inmovilizado material por un valor neto de 1.639.000 de euros en julio de 2012; y la omisión de diversas transacciones realizadas por la sociedad en el periodo transcurrido entre el 1 enero y 28 febrero 2013.

ii) Inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso (164.2.2º LC). En la solicitud de concurso, en el balance a fecha 28 de febrero de 2013, el activo era de 9.716.002 euros, el patrimonio neto de 1.446.414 euros y las pérdidas de 701.382 euros; y la administración concursal advierte que dos meses más tarde, el 5 de abril de 2013, el activo era de 5.892.377 euros (había una diferencia de 3.823.625 euros), el patrimonio neto era de -7.423.981 euros (había una diferencia de 5.977.567 euros) y las pérdidas eran de 5.717.372 euros (había una diferencia de -5.015.990 euros).

iii) Alzamiento de bienes (164.2.4º LC) y salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso (164.5ºLC), al constatar una salida injustificada de 10.000 euros y la desaparición de 24 máquinas valoradas contablemente en 1.639.000 euros.

Además, la sentencia declaró persona afectada por la calificación a Bernabe, administrador de la sociedad concursada, a quien impuso la siguiente condena: dos años de inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales; la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o contra la masa; devolver los bienes y derechos que hubiera obtenido del patrimonio de la concursada; y a la cobertura de la totalidad del déficit concursal.

2. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Troquelería del Norte S.L.U. y por Bernabe. La sentencia de apelación desestimó el recurso de Troquelería del Norte S.L.U. y estimó en parte el de Bernabe. La Audiencia confirmó la

calificación culpable del concurso, la declaración de Bernabe como persona afectada por la calificación, y todos los pronunciamientos de condena, salvo el relativo a la cobertura del déficit, pues redujo la condena a la cobertura del déficit concursal al 40%.

3. Frente a la sentencia de apelación, Bernabe interpone recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de seis motivos, y recurso de casación, articulado en dos motivos. Han sido inadmitidos el recurso extraordinario por infracción procesal y el motivo segundo de casación, por lo que la controversia se centra en torno al motivo primero de casación.

SEGUNDO. Recurso de casación.

1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la infracción del art. 164.2.2º LC en relación con el art. 164.2.1º LC, y la jurisprudencia que los interpreta, en concreto las sentencias 650/2016, de 3 de noviembre, y 298/2012, de 21 de mayo.

En el desarrollo del motivo, argumenta que, conforme a esta jurisprudencia, para poder apreciar la concurrencia de la causa del ordinal 2º del art. 164.2 LC, inexactitudes graves en la documentación presentada con la solicitud de concurso, es necesario que la inexactitud denunciada "no haya sido ya objeto de valoración por aplicación de un precepto preferente que contemple el mismo desvalor, como ocurre cuando la inexactitud en las cuentas anuales acompañadas a la solicitud del concurso ha sido considerada como irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera y ha determinado la específica causa de culpabilidad del artículo 164.2.1º de la Ley Concursal". Y en la sentencia recurrida, el mismo documento (el balance de situación de la compañía deudora, integrado en las cuentas anuales de la sociedad) es el que ha servido para declarar culpable el concurso tanto al amparo del art. 164.2.1º como del art. 164.2.2º LC.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo. El art. 164.2 LC enuncia seis comportamientos que, sin necesidad de acreditar la relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia, ni el dolo o la culpa grave, merecen cada uno de ellos la calificación culpable del concurso. Nos corresponde ahora centrarnos en los dos primeros, cuya dicción literal es la siguiente:

"2. En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

"1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

"2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos".

En nuestro caso, la sentencia recurrida, que ratifica en este extremo la de primera instancia, funda la calificación culpable del concurso entre otras causas, en: el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad y la comisión de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación financiera de la empresa (164.2.1º LC); así como en inexactitudes graves en los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso (164.2.2º LC). En este último caso, las inexactitudes graves se contienen en la información contable aportada con la solicitud de concurso.

Esta sala en relación con la apreciación de esta causa de culpabilidad del art. 164.2.2º LC, en su sentencia 650/2016, de 3 de noviembre, advirtió lo siguiente:

"Para su consideración como causa de culpabilidad diferenciada de otras previstas en la Ley Concursal es necesario que tal inexactitud no haya sido ya objeto de valoración por aplicación de un precepto preferente que contemple el mismo desvalor, como ocurre cuando la inexactitud en las cuentas anuales acompañadas a la solicitud de concurso ha sido considerada como irregularidad contable relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera y ha determinado la aplicación de la específica causa de culpabilidad del art. 164.2.1º de la Ley Concursal".

En aplicación de esta doctrina, en aquel caso concluimos del siguiente modo:

"la no aportación de las cuentas anuales o de determinados documentos contables, no puede integrar estas dos causas de culpabilidad del concurso, la prevista en el art. 164.2.1º de la Ley Concursal (incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad o haber cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la contabilidad que llevara), y la prevista en el art. 164.2.2º (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la

tramitación del procedimiento), cuando el desvalor de la conducta es el mismo".

3. Conviene advertir que una misma realidad, por ejemplo, la desaparición de unos activos y su no inclusión en el inventario aportado con la solicitud de concurso, podría ser tomada en consideración de diversa forma para la aplicación de distintas causas de calificación culpable, siempre que cada una de ellas contemple un desvalor distinto. Así, la omisión de ese activo en el inventario, en caso de merecer esta inexactitud la consideración de grave podría justificar la calificación culpable al amparo del art. 164.2.2º LC; y, si se constata que ese activo salió del patrimonio del deudor sin justificación o causa alguna, cabría también calificar culpable el concurso al amparo del art. 164.2.4º LC. En este ejemplo, el desvalor no es el mismo: en un caso se sanciona el suministro de información, en este caso contable, inexacta al solicitar el concurso; y en otro se sanciona el alzamiento o la desaparición de unos bienes o activos de la concursada. Tendría sentido que se calificara culpable el concurso al amparo de ambas causas porque, además de que el desvalor es distinto en cada caso, las consecuencias de la calificación pueden variar: en caso de apreciarse el alzamiento de bienes, podría haber una condena a su restitución (art. 172.2.3º LC), lo que no ocurriría si sólo se calificara el concurso culpable por inexactitudes graves en la documentación aportada con la solicitud de concurso.

4. En nuestro caso, la inexactitud grave en la documentación aportada con la solicitud de concurso se refiere al balance de situación, que formaba parte de la información contable que la sociedad concursada debía suministrar.

En el apartado 2 del art. 6 LC, se enumeran los documentos que con carácter general deben acompañar a la solicitud de concurso voluntario: un poder especial para pedir el concurso; la memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor; un inventario de bienes y derechos; la relación de acreedores; la plantilla de trabajadores en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere. Y en el apartado 3 se añade que, si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, debe acompañar además lo siguiente:

"1.º Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios.

"2.º Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las

operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.

"3.º Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.

"4.º En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período".

La falta de aportación de documentación contable podría incardinarse tanto en el ordinal 1º como en el ordinal 2º del art. 164.2 LC, pero al encerrar el mismo desvalor, podría calificarse culpable el concurso por cualquier de ellas, pero no por las dos al mismo tiempo. Del mismo modo, en el presente caso, una vez que se ha calificado culpable el concurso por irregularidades relevantes en la contabilidad aportada que impiden conocer la situación patrimonial y financiera de la concursada (art. 164.2.1º LC), no cabe apoyarse en alguna de estas irregularidades contables para fundar la calificación culpable de concurso en la inexactitud grave de uno de los documentos contables aportados (en este caso, el balance de situación).

5. No obstante lo anterior, aunque tiene razón el recurrente, no resulta procedente la estimación del recurso de casación por falta de efecto útil, ya que la infracción legal denunciada carece de relevancia en el presente caso, en cuanto que no altera ninguno de los pronunciamientos del tribunal de instancia: no impide calificar culpable el concurso por el resto de las causas apreciadas; no afecta a la declaración del Sr. Bernabe como persona afectada por la calificación; tampoco afecta a la inhabilitación, entre otras razones porque se impuso por el periodo de tiempo mínimo (dos años), que resultaría de aplicación en atención a la calificación culpable por el resto de las causas apreciadas; ni al resto de los pronunciamientos de condena, justificados por las demás causas apreciadas».

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3264/2016] DE 17 DE DICIEMBRE DE 2019 [Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán]**

*Seguro de responsabilidad civil: acción directa contra la aseguradora y retraso culpable en el cumplimiento por parte del tomador asegurado de la obligación de pago de la prima. Si bien la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, salvo pacto en contrario, cuando la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación frente al perjudicado. Hasta que no se verifica el pago de la prima no hay cobertura del siniestro, pues la prima es el precio por el que se asume el riesgo, y solo es posible que la cobertura se despliegue antes del pago si así se acuerda. En caso de impago de la primera prima, el asegurador no está obligado a pagar la indemnización y esa falta de pago es oponible también frente al ejercicio de la acción directa pues el pago de la primera prima es presupuesto de la cobertura y el asegurador puede oponer al tercero su liberación de la obligación por falta de un requisito esencial para que el contrato produzca efectos.*

«El presente litigio versa sobre el ejercicio de la acción directa contra la aseguradora en un caso en el que el tomador asegurado pagó la primera prima cuando ya sabía que se había producido el siniestro.

El juzgado desestimó la demanda contra la aseguradora y la Audiencia la estimó porque consideró que la aseguradora no había resuelto el contrato de seguro, de modo que frente al tercero el seguro estaba vigente.

Recurre en casación la aseguradora.

1. En virtud de un contrato de suministro concertado entre las partes, Orexport S.L. (en adelante Orexport) suministró a Helados Estiu S.A. (en adelante Estiu) el producto "granillo de avellana tostada y repelada" con el fin de que esta última lo utilizara en la fabricación de helados. Como consecuencia de la presencia de cáscaras y cuerpos extraños en el producto en un porcentaje superior al tolerado, y ante las quejas de los clientes, Estiu tuvo que retirar del mercado y destruir todos los lotes de helados fabricados con este producto, lo que le ocasionó daños patrimoniales (costes de producción, de almacenamiento, retirada y destrucción).

Estiu interpuso demanda contra Orexport, su administración concursal, y contra Generali Seguros S.A. (en adelante Generali).

Orexport y su administración concursal no comparecieron. Generali se opuso a la demanda alegando, además de la falta de prueba de los defectos del producto y de las quejas de los clientes:

- i) falta de cobertura temporal del siniestro en virtud del principio de unidad del siniestro, porque la entrega de uno de los lotes de avellana tuvo lugar con anterioridad a la contratación de la póliza;
- ii) falta de pago de la prima en el momento en que se produjo el siniestro;
- iii) exceso en las cuantías indemnizatorias reclamadas.

2. El juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda.

El juzgado condenó a Orexport porque consideró que los daños sufridos por la demandante procedían de la falta de diligencia en los controles adoptados en el procesamiento del producto.

El juzgado, en cambio, absolvió a Generali. Aunque, a la vista de las cláusulas del seguro, rechazó la alegación de Generali de falta de cobertura temporal del siniestro, consideró que tenía razón por lo que se refiere a la falta de pago de la primera prima. Afirmó el juzgado:

"En segundo lugar, se alegó como motivo de oposición por la aseguradora demandada, la falta de pago de la primera prima del seguro por parte de Orexport S.L. antes de que se produjera el siniestro, lo que la liberaría de responsabilidad, invocando el artículo 15 de la Ley del Contrato de Seguro. En este sentido, de la documental obrante en las actuaciones, se puede tener por probado que: a) en fecha 2 de marzo de 2013, se contrata por Orexport S.L. el seguro de responsabilidad civil de producto con Generali Seguros, S.A.; b) que en fecha 28 de marzo de 2013, es pasado al cobro el recibo del seguro en el Banco Popular y es devuelto este por carecer de saldo suficiente la cuenta del tomador, la mercantil Orexport, S.L.; c) que en fechas 18, 19 y 20 de abril de 2013, Helados Estiu S.A., recibió una serie de quejas por parte de Mercadona, comercializadora de los helados en exclusiva, al haberse recibido varias reclamaciones de clientes por la aparición de trozos de cáscara y cuerpos extraños en la cobertura de los helados; d) que en fecha 23 de abril de 2013, D. Eutimio remite un e-mail a Orexport en el que le pone al corriente del problema y le insta a que contacte con su seguro (documento n.º 3 de la demanda); e) que en fecha 24 de abril de 2013, Orexport, S.L. efectúa el pago de la primera prima del seguro, a través de su corredor, Medicorasse Correduría de Seguros; y, f) que no es hasta el 29 de mayo de 2013, cuando Orexport, S.L. da parte del siniestro a Generali Seguros S.A.

"Pues bien vistos los anteriores hechos declarados probados y atendiendo al tenor literal del artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro, no puede sino concluirse que la compañía aseguradora quedó libre de responsabilidad por la falta de pago por el tomador

del seguro de la primera prima del seguro, con carácter previo a la producción del siniestro, por causa sólo a él imputable, y ello porque vistas las fechas en las que suceden los acontecimientos, queda acreditado que el tomador abonó la primera prima después de tener conocimiento del siniestro, lo que es sancionable y ciertamente denota mala fe en su proceder.

"En atención a lo expuesto es por lo que procederá absolver a la demandada Generali Seguros, S.A. de todos los pedimentos contra ella contenidos en la demanda".

3. Estiu apeló la sentencia. Alegó que las cuestiones referidas al proceder del asegurado constituyen excepciones no oponibles al tercero perjudicado y que, de acuerdo con la jurisprudencia, ante el impago de la primera prima o prima única el contrato queda en suspenso, y mientras la aseguradora no ejercite en forma debida su facultad de resolución, el contrato subsiste y se reactiva con el pago de la prima.

Generali se opuso al recurso. Explicó que, puesto que la falta de pago era de la primera prima y fue culpa del tomador del seguro, dio lugar a la inexistencia de cobertura, por lo que la aseguradora había quedado liberada de su obligación de pago frente a todos. Además, de manera subsidiaria, para el caso de que se estimara el recurso de apelación, impugnó la sentencia de primera instancia.

La sentencia de apelación estima el recurso de apelación interpuesto por la actora con el siguiente argumento:

"Debemos revocar el pronunciamiento absolutorio respecto a la entidad mercantil Generali España S.A. dado que aun siendo ciertos los hechos probados contenidos en la sentencia recurrida en que a la fecha del siniestro e incluso a fecha de comunicación del siniestro de la actora-apelante a Olexport-Olexport S.L. la Administración Concursal, en calidad de responsable asegurado en la entidad Generali, no habla abonado la prima, no es menos cierto que frente al tercero perjudicado, Entidad Mercantil Helados Estiu S.A., nos encontramos que el contrato de seguro fue suscrito en fecha 2 de marzo de 2013 y que la prima fue abonada por la mercantil demandada asegurada el 24 de abril de 2013 siendo nula la actividad de la entidad aseguradora relativa a la resolución del contrato de seguro lo que motiva que dicha inactividad motiva la declaración de vigencia del seguro respecto al tercero perjudicado; cuestión distinta y que no afecta a esta litis es la relación entre el asegurado y la aseguradora".

A continuación, la Audiencia entró a analizar la impugnación de Generali: rechazó la alegación de falta

de cobertura temporal del siniestro fundamentada en la cláusula de unidad de siniestro y estimó la impugnación de algunas de las partidas de indemnización solicitadas.

4. La sentencia de apelación es recurrida en casación por Generali. De los dos motivos en que se funda el recurso solo se ha admitido uno.

SEGUNDO. Recurso de casación.

1. Formulación del motivo.

El único motivo admitido se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC y denuncia la infracción del art. 15.I LCS. Justifica el interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la cuestión jurídica que plantea y la inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En su desarrollo expone que la interpretación correcta del art. 15.I LCS supone que el impago de la primera prima o de la prima única por culpa del tomador impide el inicio de la cobertura del contrato de seguro, de modo que el efecto liberatorio de la obligación de pago opera automáticamente y frente a todos, también frente al tercero perjudicado.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Estimación del recurso de casación.

2.1. Consideraciones preliminares.

La sentencia recurrida, sin alterar los hechos probados en la primera instancia, estima el recurso de apelación de la demandante y condena a la aseguradora a indemnizar porque considera que, dado que la aseguradora no resolvió el contrato de seguro, el mismo estaba vigente respecto del tercero perjudicado.

En su escrito de oposición la recurrida alega que no concurre interés casacional porque la sentencia 267/2015, de 10 de septiembre, se pronuncia sobre la cuestión planteada en el mismo sentido que lo hace la sentencia recurrida. En la mencionada sentencia, la sala sentó como doctrina:

"Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado en el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor por impago de la primera prima o prima única por culpa del tomador, es necesario que acredite haber dirigido al tomador del seguro un correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho que permita tener constancia de su recepción, por el que se notifique la resolución del contrato".

Considera la actora ahora recurrida que el mismo criterio debe seguirse para otros seguros de responsabilidad, de acuerdo con lo dispuesto en los

arts. 15.1 y 76 LCS, pues el art. 15.1 no establece que en caso de impago de la primera prima se extinga el contrato, de modo que, como alternativa a la exigencia de pago, el asegurador ha de pedir la resolución del contrato.

Esta sala no comparte este razonamiento. Hay que observar que la citada sentencia 267/2015 sentó doctrina para el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor. Así resulta con claridad de la literalidad de la doctrina que sienta y así resulta también de los razonamientos en los que se basa la sentencia para sustentarla.

En efecto, en la sentencia 267/2015 se alude a la "singularidad y especialidad" del texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor por lo que se refiere a la regulación de este seguro y a la existencia de una habilitación reglamentaria y, por ello, a la necesidad de poner en relación el art. 15 LCS con lo dispuesto, en ese momento, en el art. Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que en su art. 20.2. se refería al "derecho del asegurador a resolver el contrato, mediante escrito dirigido al tomador por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho, o exigir el pago de la prima en los términos del artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro" (luego, en el art. 12.2 del Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre). La sentencia razonó que, por exigencia del precepto reglamentario, frente a terceros (art. 76 LC), para que el asegurador quedara liberado en caso de falta de pago de la primera prima antes de la ocurrencia del siniestro, era precisa la comunicación recepticia dirigida al tomador por la que se declarara resuelto el contrato.

Como en el caso no nos encontramos ante un contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, no resulta de aplicación la anterior doctrina y debemos estar a la interpretación de la previsión contenida en el art. 15.1 LCS respecto del impago de la primera prima o de la prima única del contrato.

2.2. Decisión de la sala. Estimación del recurso.

Dispone el art. 15.1 LCS: "Si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada

antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedara liberado de su obligación".

De acuerdo con este precepto, por tanto, salvo pacto en contrario, "si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación". Hasta que no se verifica el pago de la prima no hay cobertura del siniestro, pues la prima es el precio por el que se asume el riesgo (sentencia de 1 de abril de 1987, ROJ STS8949/1987 ECLI:ES:TS:1987:8949). El precepto admite expresamente el pacto en contrario, por lo que cabe que la cobertura se despliegue antes del pago si así se acuerda. Si no se ha dicho otra cosa en la póliza, el pago es presupuesto para que se inicie la cobertura y, no existiendo pacto en contrario, el pago debe hacerse cuando el asegurador gira el recibo.

En un caso de un seguro de responsabilidad civil respecto de terceros perjudicados, la sentencia 429/2005, de 25 de mayo, afirmó, en relación con el art. 15.1 LCS:

"Esta norma, válida en general para toda clase de seguros, establece las consecuencias que derivan del retraso culpable en el cumplimiento de la obligación: hasta que no se produce el pago de la prima no comienza, por regla general, los efectos materiales del contrato para el asegurador, en el sentido de que no se inicia su cobertura y, por consiguiente, si se produce el siniestro, el asegurador quedara liberado de su obligación. Si no se ha dicho otra cosa en la póliza, en el caso de producción del siniestro sin que se haya pagado la primera prima o la prima única por culpa del tomador del seguro, el asegurador queda libre del pago de la indemnización. Según indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1993 "es incuestionable que, salvo pacto en contrario, si la primera prima o la prima única no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación, conforme establece el artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro, teniendo esta Sala declarado, en aplicación del referido precepto, que en dicha situación de impago de la primera prima o de la prima única, el contrato de seguro está en suspenso y el asegurado carece de derecho a reclamar la indemnización". (En el mismo sentido las Sentencias de 14 de marzo y 7 de abril de 1994)".

La jurisprudencia ha reiterado que "la falta de pago de la prima con anterioridad al siniestro solo puede producir el efecto de liberar de su obligación al asegurador en el caso de que la falta de pago sea imputable al tomador, pues así se infiere, en una interpretación sistemática, de la relación de este precepto con el inciso que lo precede, que alude a la

culpa del tomador en el impago de la prima; y, en una interpretación lógica, de la finalidad que con él se persigue de eximir al asegurador del cumplimiento del contrato por razón del incumplimiento de la obligación principal del otro contratante" (sentencia 783/2008, de 4 de septiembre, y 516/2009, de 15 de julio, en casos en los que no llegó a presentarse el recibo al cobro por parte de la aseguradora).

En definitiva, la obligación de la aseguradora de pagar por un siniestro producido antes de que se haya pagado la primera prima requiere culpa de la aseguradora (que no pasó al cobro el recibo, o lo pasó en cuenta equivocada, etc.). Si el impago no obedece a culpa del tomador, dada la facultad de la aseguradora de optar por la resolución o exigir el pago, mientras no resuelva y así lo comunique, el contrato subsiste, se genera un efecto suspensivo del contrato, no extintivo. En esa situación, a pesar del impago de la primera prima, la aseguradora no podría oponer al tercero la inexistencia de la relación jurídica entre asegurado y asegurador.

En el caso, a la vista de los hechos probados, ha quedado acreditado que, tras dejar de pagar por una causa que solo era imputable al tomador asegurado (la falta de fondos en su cuenta) y cuando ya conocía que se había producido el siniestro, la aseguradora pagó. No cabe duda, por tanto, de que, no habiéndose previsto otra cosa en la póliza, el asegurador no está obligado a pagar la indemnización y la falta de pago es oponible también frente al ejercicio de la acción directa pues el pago de la primera prima es presupuesto, como se ha dicho, de la cobertura y el asegurador puede oponer al tercero su liberación de la obligación por falta de un requisito esencial para que el contrato produzca efectos.

No habiéndolo entendido así la sentencia recurrida, debe estimarse que concurre la infracción que constituye el fundamento del presente motivo de casación».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1458/2016] DE 18 DE DICIEMBRE DE 2019 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

*Contratos de préstamo y apertura de crédito: se trata de operaciones activas que sirven para la financiación del cliente, pero su concepto y funcionalidad son diferentes. En el préstamo el importe queda fijado en el momento inicial, mientras que en la apertura de crédito fluctúa en función de las disposiciones efectivamente realizadas. Así, lo más característico de la apertura de crédito es que no se entrega de una sola*

*vez una cantidad de dinero, sino que únicamente se facilita su disponibilidad conforme el cliente lo vaya necesitando; y que los intereses se aplican sólo sobre las cantidades efectivamente retiradas. Por ello, supone una forma evolucionada del préstamo, basada en el concepto económico de "saldo fluctuante". En este sentido, hay que tener presente que "los contratos son lo que son, según su naturaleza jurídica, y no lo que las partes dicen que son".*

«El 19 de diciembre de 2005, Félix y Sonia suscribieron con el Banco de Sabadell S.A. una escritura de crédito con garantía hipotecaria, hasta el límite de 483.000 €, a interés variable, con vencimiento final el 31 de diciembre de 2030.

El límite del crédito, 483.000 €, fue dispuesto de una sola vez por los acreditados el mismo día de la firma de la escritura pública.

2.-Entre otras, figuraba en el contrato una cláusula que permitía que el banco diera lugar al vencimiento anticipado cuando no se satisficiera por la parte deudora alguna de las cuotas de interés o de amortización establecidas en la escritura, una vez transcurridos quince días desde su vencimiento de acuerdo con lo previsto en el art. 693.2 LEC.

El contrato fue novado el 3 de noviembre de 2011, aunque se mantuvo la cláusula litigiosa.

3.-Los Sres. Sonia y Félix presentaron una demanda en la que ejercitaron una acción individual de nulidad de diversas condiciones generales de la contratación, entre ellas, la antes referida.

4.-La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró la nulidad de determinadas cláusulas, pero no la citada. Consideró, resumidamente, que, aunque, en abstracto, pudiera resultar abusiva, en la práctica, la entidad financiera había esperado más de tres incumplimientos para dar por vencido el contrato, por lo que respetaba la previsión legal del art. 693.2 LEC, en la redacción vigente a la fecha de la sentencia.

5.-Recurrida en apelación la sentencia por los demandantes fue confirmada por la Audiencia Provincial. En lo que ahora importa, y en relación con las alegaciones del recurso de apelación, consideró que, aunque el contrato se titulara de crédito, realmente era un préstamo.

6.-Los Sres. Sonia y Félix presentaron recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que fue admitido a trámite.

SEGUNDO.-Único motivo de casación. Contratos de apertura de crédito y contratos de préstamo  
Planteamiento:

1.-El único motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 1288 CC, 5 a 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) y 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGCU).

2.-En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la Audiencia Provincial no tiene en cuenta que el contrato suscrito entre las partes no era de préstamo, sino de apertura de crédito. Por lo que, ni puede hablarse de cuotas mensuales de amortización, ni puede darse por vencido el contrato cuando está en su periodo de vigencia temporal y no se ha superado el límite de crédito.

La confusión creada entre ambas figuras contractuales no puede perjudicar al consumidor adherente y en ello radica la abusividad de la cláusula.

Decisión de la Sala:

1.-Los contratos bancarios de préstamo y apertura de crédito tienen en común que son contratos de activo y que sirven para la financiación del cliente, pero su concepto y funcionalidad son diferentes.

El de préstamo es un contrato por el que la entidad bancaria entrega una suma de dinero determinada, obligándose quien la recibe a restituir la totalidad del capital en las condiciones pactadas y a pagar los correspondientes intereses. A falta de una regulación específica del préstamo bancario de dinero, se le aplican los arts. 311 a 324 del Código de Comercio (CCom) y, supletoriamente, lo dispuesto en el Código Civil (CC).

La apertura de crédito es un contrato atípico, aunque se le menciona en el art. 175.7 CCom. Conocido también como cuenta de crédito o línea de crédito, consiste en un acuerdo por el que una entidad de crédito (acreditante) se obliga a poner a disposición de un cliente (acreditado) un determinado capital por un cierto plazo, en forma de límite máximo; y con cargo al cual se obliga a entregar las cantidades que el cliente solicite, de acuerdo con los términos pactados, mediante el pago de una comisión de apertura y al tipo de interés pactado sobre las cantidades efectivamente dispuestas (sentencia 236/2004, de 7 de abril, y las que en ella se citan).

Como establecimos en la sentencia 173/2018, de 23 de marzo, lo más característico de la apertura de crédito es que no se entrega de una sola vez una cantidad de dinero, sino que únicamente se facilita su disponibilidad conforme el cliente lo vaya necesitando; y que los intereses se aplican sólo sobre las cantidades efectivamente retiradas. Por ello, supone una forma evolucionada del préstamo, basada en el concepto

económico de "saldo fluctuante". La consecuencia es que en el préstamo el importe queda fijado en el momento inicial, mientras que en la apertura de crédito fluctúa en función de las disposiciones efectivamente realizadas.

2.-No obstante, como hemos declarado en múltiples resoluciones, los contratos son lo que son, según su naturaleza jurídica, y no lo que las partes dicen que son (irrelevancia del nomen iuris, por todas, sentencias 765/2010, de 30 de noviembre; y 335/2013, de 7 de mayo).

Desde ese punto de vista, la calificación jurídica que hace la Audiencia Provincial es irreprochable, pues más allá de que el contrato se denominara de una manera o de otra, lo determinante es que la cantidad que constituía su objeto fue dispuesta (entregada) de una sola vez, en el mismo momento de la firma de la escritura, y los clientes fueron devolviéndola mediante cuotas mensuales periódicas de importe igual, que respondían a la previsión del cuadro de amortizaciones incorporado y pactado en el propio contrato. Con lo que, con independencia del nombre que se diera al negocio jurídico, se trató de un préstamo y no de una apertura de crédito.

3.-En consecuencia, puesto que la parte recurrente sitúa la abusividad de la cláusula únicamente en la supuesta confusión entre préstamo y apertura de crédito, el recurso de casación debe ser desestimado».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3072/2016] DE 8 DE ENERO DE 2020 [Ponente: Francisco Marín Castán]

*Compraventa de viviendas en construcción: responsabilidad del banco por su condición de avalista colectivo e influencia que pudiera tener al respecto el acuerdo resolutorio entre compradora y vendedora. La Ley 57/1968 obliga al promotor de viviendas en construcción a garantizar la devolución de las cantidades que entreguen los compradores a cuenta del precio mediante aval o seguro; obligación considerada por la jurisprudencia de carácter esencial. Por lo que respecta a la ausencia de aval individual, es jurisprudencia reiterada que los compradores tienen derecho a reclamar de la aseguradora o avalista la devolución de los anticipos con base en un aval o seguro colectivo, aunque no se hubiera llegado a extender un aval individualizado.*

*En cuanto a las consecuencias del acuerdo resolutorio entre compradora y vendedora, es doctrina jurisprudencial que el avalista no responde frente al comprador en caso de extinción del contrato de*

*compraventa por mutuo disenso anterior a la fecha en la que deba entregarse la vivienda. Cuestión distinta sería que la extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso hubiera sido posterior al vencimiento del plazo contractual para la entrega de la vivienda, pues en tal caso el incumplimiento del vendedor ya se habría producido y, de no cumplir él con la devolución de las cantidades anticipadas, tendría que hacerlo su garante. Por último, cuando existe garantía (aval o seguro) los anticipos a cuenta del precio ingresados por el comprador se encuentran garantizados por el asegurador o avalista, aunque no se ingresen en una cuenta especial sino en otra diferente del promotor.*

«No cabe apreciar la falta de legitimación pasiva alegada por Banco Santander un día antes del señalado para la votación y fallo del recurso.

Como el propio banco reconoce, es sucesor universal de Banco Popular Español S.A., y esta entidad es la que, como parte demandada, compareció en las actuaciones desde un principio; contestó a la demanda sin cuestionar su legitimación pasiva; interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, estimatoria de la demanda, sin alegar tampoco nada acerca de su falta de legitimación; y, en fin, se personó ante esta sala como parte recurrida tras interponer la parte demandante recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia desestimatoria de la demanda.

Es más, después de dictarse por esta sala auto de admisión, Banco Santander S.A. formuló oposición como parte recurrida, en cuanto absorbente de Banco Popular Español S.A., y nada alegó tampoco sobre su falta de legitimación pasiva pese a esa "notoriedad absoluta y general" que solo parece haber advertido un día antes del señalado para la votación y fallo de los recursos.

En consecuencia, al ser Banco Santander S.A. sucesora universal de Banco Popular Español S.A., tiene que asumir íntegramente, como resulta del criterio adoptado por la sentencia de esta sala 625/2016, de 4 de octubre (FJ 2.1), todas las actuaciones procesales de la entidad absorbida y sus consecuencias, entre estas la aceptación de su legitimación pasiva, explícitamente asumida, además, por el propio Banco Santander al comparecer ante esta sala como parte recurrida y oponerse a los recursos de la parte demandante admitidos a trámite por esta sala.

Por último, esta decisión de la sala no menoscaba la tutela judicial efectiva de Banco Santander, porque es doctrina del Tribunal Constitucional que no se vulnera ese derecho fundamental cuando la indefensión alegada se debe a la pasividad, desinterés, negligencia,

error técnico o impericia de las partes o profesionales que las representan o defiendan (SSTC 112/1993, 364/1993, 158/1994, 262/1994, 18/1996, 137/1996, 99/1997, 140/1997 y 82/1999 entre otras).

SEGUNDO.-Son antecedentes relevantes para resolver los siguientes:

1.-Constan probados o no se discuten los siguientes hechos:

1.1. Con fecha 2 de septiembre de 2002 Los Lagos de Santa María Golf S.L. (en adelante LLSMG) suscribió con Banco Popular Hipotecario S.A. una "Póliza de garantía" (doc. 3 de la demanda) en virtud de la cual el citado banco garantizaba, conforme a la Ley 57/1968, la obligación legal de devolver las cantidades que anticiparan los compradores de viviendas correspondientes a la promoción " DIRECCION000 ", ubicada en el término municipal de Marbella (Málaga) "para el caso de que no se produzca la entrega de dichas viviendas a los compradores por parte de LOS LAGOS DE SANTA MARÍA GOLF S.L. y no les sea expedida la oportuna licencia de primera ocupación".

1.2. Con fecha 27 de marzo de 2003 D.ª Pura suscribió con LLSMG un contrato privado de compraventa de vivienda en construcción perteneciente a la referida promoción (doc. 1 de la demanda) que tuvo por objeto la n.º NUM000 - NUM000, bloque NUM001, portal NUM002, más plaza de garaje n.º NUM003.

1.3. El contrato contenía, entre otras, las siguientes estipulaciones:

(i) Según la estipulación segunda, el precio se fijaba en 394.112,50 euros más IVA, 421.700,38 euros en total. En la misma estipulación, con referencia a la forma de pago, se indicaba lo siguiente:

"El precio se pagará mediante transferencia bancaria a la cuenta número NUM004 de la Agencia Urbana Número cinco de Granada del Banco Popular a nombre de LOS LAGOS DE SANTA MARÍA GOLF, S.L. o mediante cheque bancario a favor de la entidad vendedora".

(ii) Según la estipulación tercera, el pago del precio se fraccionaba así:

"-Cinco mil ochocientos ochenta (5.880) euros incluido el IVA que se tienen recibidos con anterioridad a este acto.

"-A la firma del presente contrato EL COMPRADOR entrega la suma de CIENTO VEINTE MIL SEISCIENTOS TREINTA EUROS CON ONCE CÉNTIMOS (120.630,11) incluido el IVA; mediante cheque que por fotocopia se adjunta al presente contrato, de cuya entrega sirve el presente documento como la más formal carta de pago salvo buen fin del mencionado efecto.

"-DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO NOVENTA EUROS CON VEINTISIETE CÉNTIMOS

(295.190,27), que la parte compradora abonará a la vendedora simultáneamente al otorgamiento de la firma de la escritura pública y entrega de llaves".

(iii) Según la estipulación cuarta, relativa a la entrega de la vivienda: "La vendedora se obliga a entregar el/los inmuebles objeto del presente contrato antes del 30 de junio de 2005. "No obstante lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, la parte vendedora podrá prorrogar dicha fecha hasta el 30 de septiembre de 2005 [...]".

(iv) Y según la estipulación quinta, titulada "Garantía del precio aplazado":

"[...] EL VENDEDOR entregará al COMPRADOR contra cada pago, aval bancario de las cantidades recibidas. El original del documento de garantía será devuelto por EL COMPRADOR contra la firma de la escritura pública de compraventa".

1.4. Siguiendo el calendario de pagos pactado, la compradora anticipó a la promotora a cuenta del precio la cantidad total de 126.510,11 euros, de los cuales 120.630,11 euros se entregaron en el acto de la firma del contrato mediante cheque n.º NUM005 librado por la entidad Martínez Echevarría Abogados S.L con cargo a su cuenta del Banco de Sabadell. El cheque fue adeudado en la citada cuenta con fecha 29 de marzo de 2003 y compensado por el Banco Popular, oficina 0903 (folios 36 y 37 de las actuaciones de primera instancia).

1.5. Llegada la fecha pactada, prórroga incluida, la vivienda no fue entregada de forma efectiva por carecer de licencia de primera ocupación (doc. 4 de la demanda).

1.6. LLSMG solicitó al Ayuntamiento de Marbella la licencia de primera ocupación, y ante la falta de respuesta expresa interesó su concesión por silencio administrativo positivo, petición que le fue denegada por acuerdo de 19 de julio de 2006 fundado en una posible contravención de normas urbanísticas, razón que también determinó la iniciación de un expediente de revisión de oficio de la licencia de obras (doc. 4 de la demanda y hechos probados de la sentencia de esta sala 635/2013, de 21 de octubre, con cita de la de 6 de marzo de 2013, rec. 2041/2009, las dos dictadas en casos en los que se encontraban afectadas viviendas de la misma promoción y en cuya venta fue parte la misma promotora).

1.7. La promotora fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto de 10 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada.

1.8. Con fecha 5 de noviembre de 2014 la compradora, por medio de su abogado, remitió un burofax al banco (doc. 5 de la demanda) comunicando que había resuelto el contrato de compraventa por

incumplimiento de la promotora y solicitando, en ejecución del aval o póliza de garantía existente, la devolución de las cantidades anticipadas más sus intereses, bajo apercibimiento de iniciar acciones judiciales si no fuese atendida su petición.

1.9. Con fecha 11 de noviembre de 2014 la compradora y la promotora, representadas por sus respectivos abogados, suscribieron un documento (n.º 2 de la demanda) en virtud del cual acordaban resolver el contrato de compraventa "por mutuo acuerdo", la compradora renunciaba expresamente a exigir su cumplimiento y la promotora reconocía un "crédito ordinario" a favor de la compradora por el importe de las cantidades anticipadas a cuenta del precio (126.510,11 euros) más sus intereses legales desde su entrega. En el expositivo III se decía lo siguiente:

"III. Que aun cuando por la parte vendedora se solicitó con fecha 14 de junio de 2005 la preceptiva licencia de primera ocupación de la que aún se está pendiente su expedición por el Ayuntamiento de Marbella, la parte compradora ha decidido resolver el citado contrato de compraventa en base a dicho retraso en la entrega de la vivienda [...]".

2.-Con fecha 4 de febrero de 2015 la compradora demandó al banco pidiendo su condena a devolver las cantidades anticipadas (126.510,11 euros en total) más intereses legales desde su entrega (que cuantificaba en 62.424,07 euros). Fundaba esencialmente su pretensión en la existencia de aval colectivo, y subsidiariamente solicitaba que se declarase la responsabilidad legal del banco conforme al art. 1-2.º de la Ley 57/1968 por haber admitido ingresos de cantidades anticipadas en una cuenta de la promotora sin exigir la apertura de una cuenta especial debidamente garantizada.

En síntesis, alegaba: (i) que el contrato de compraventa fue resuelto por las partes vendedora y compradora de mutuo acuerdo por "retraso en la entrega", y la promotora había reconocido deber a la compradora el importe de las cantidades anticipadas por esta más sus intereses legales desde su entrega; (ii) que el banco demandado garantizaba la devolución de esas sumas mediante "póliza de garantía" colectiva, no caducada (puesto que la vivienda no contaba con licencia de primera ocupación) y cuya validez no dependía del otorgamiento de avales individuales, sin que el avalista pudiera oponer al comprador las excepciones que tuviera frente al avalado (citaba y extractaba la sentencia de esta sala 218/2014, de 7 de mayo, de pleno); (iii) que en todo caso el banco demandado era legalmente responsable de las cantidades ingresadas por la compradora en la cuenta

abierta por el Banco Popular, S.A. a nombre de la promotora indicada en el contrato; y (iv) la restitución debía comprender lo abonado a cuenta del precio más los intereses legales de esa suma desde su entrega.

3.-El banco se opuso a la demanda alegando, en lo que ahora interesa y en síntesis:

(i) que la decisión de resolver de mutuo acuerdo el contrato de compraventa trajo consigo que no surtiera efecto entre las partes la obligación principal de la vendedora de entregar la vivienda, y en consecuencia, al no podersele imputar ningún incumplimiento contractual (la ausencia de LLSMG en este pleito podría permitir apreciar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario), ninguna responsabilidad podía exigirse al banco;

(ii) además, falta de prueba de los pagos y de que todas las cantidades mencionadas en la demanda hubiera sido ingresadas en el banco demandado, ya que la demandante solo aportaba copia de un cheque por importe de 120.630,11 euros y ninguna prueba que acreditara el pago de los otros 5.880 euros que también reclamaba;

(iii) falta de legitimación activa de la demandante para reclamar con base en un pretendido aval colectivo, puesto que únicamente se trató de un "contrato marco" (no un aval general) que regulaba las condiciones de expedición de los avales individuales, los cuales no llegaron a otorgarse;

(iv) inexistencia de cuenta especial abierta por la promotora, puesto que la indicada en el contrato era una cuenta "normal y ordinaria, con la que la promotora realizaba operaciones diarias y habituales, tales como el pago de proveedores, empleados, domiciliaciones de recibos, etc." (a tal efecto se aportaba certificado expedido por el banco como doc. 1 de la contestación);

(v) improcedencia de la acción ejercitada por contravenir la jurisprudencia de esta sala;

(vi) improcedente aplicación de la Ley 57/1968 porque esta norma no imponía a las entidades bancarias en la que cualquier promotor tuviera abierta cuenta corriente el deber de responder de las cantidades anticipadas por los compradores de viviendas en construcción;

y (vii) improcedencia de los intereses legales de los anticipos dada la inactividad de la propia demandante, que esperó más de once años para iniciar acciones judiciales contra el banco, debiéndose limitar, en caso de condena, a los devengados desde que el banco fue requerido de pago.

4.-La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y condenó al banco a devolver la cantidad de 126.510,07 euros más

intereses legales desde la fecha de su abono (25 de marzo de 2003) y al pago de las costas.

En lo que ahora interesa, sus razones fueron, en síntesis, las siguientes:

(i) como quiera que la demandante no había instado acción frente a la promotora, la cuestión jurídica se reducía a determinar si concurrían los requisitos previstos "en el seguro concertado" para que la demandada respondiera de la devolución de las cantidades anticipadas por la compradora, entre ellos el incumplimiento contractual de la promotora;

(ii) dada la finalidad tuitiva de la Ley 57/1968, era indiferente el carácter de la cuenta en la que se efectuó el ingreso (citaba y extractaba la sentencia del pleno de esta sala de 30 de abril de 2015);

(iii) en cuanto a las consecuencias del acuerdo entre la compradora y la promotora, conforme a la doctrina fijada por la sentencia de esta sala de 23 de marzo de 2015 sobre las consecuencias de la extinción del contrato por mutuo disenso anterior a la fecha pactada para la entrega de la vivienda, y como quiera que en este caso dicho acuerdo fue posterior al vencimiento del plazo de entrega y, por tanto, al incumplimiento de la promotora, tal acuerdo no supuso que se extinguiera la garantía otorgada por la entidad demandada;

(iv) además, también era prueba del incumplimiento contractual de la vendedora el hecho de que el Ayuntamiento de Marbella hubiera denegado la licencia de primera ocupación por dudas sobre la legalidad de la licencia de obras;

(v) como consecuencia de lo anterior, al concurrir "los presupuestos incluidos en el contrato de seguro" para considerar producido el siniestro (falta de entrega del inmueble por carecer de licencia de primera ocupación) procedía estimar la demanda.

5.-La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso del banco, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda sin imponer a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia y con imposición de las costas de la primera instancia a la demandante.

Sus razones son, en síntesis, las siguientes:

(i) la demandante reclama al banco apelante la devolución de las cantidades que anticipó con fundamento en la existencia de un aval otorgado conforme a la Ley 57/1968;

(ii) sin embargo, tal aval no existe en este caso porque la "póliza de garantía" en su día suscrita "contiene no un aval a favor del comprador, sino el contrato entre el Banco y Promotor", a quien legalmente incumbía garantizar mediante aval o seguro de caución la devolución de los anticipos;

y (iii) existiendo jurisprudencia contradictoria de Audiencias en torno al carácter esencial o accesorio de la obligación de la promotora de garantizar las entregas mediante aval o seguro, el criterio del tribunal sentenciador es que se trata "de una obligación accesoria, cuyo incumplimiento no puede ser causa de resolución del contrato de compraventa y del acuerdo novatorio, ya que ello sólo sería posible si se calificara esta obligación como una obligación principal", todo ello sin perjuicio de que los compradores puedan pedir el cumplimiento a la promotora, exigir las indemnizaciones correspondientes para caso de incumplimiento o, incluso, desistir del contrato si poco después de la celebración del contrato la promotora no ha ofrecido las referidas garantías.

6.-La demandante-apelada interesó la rectificación de esta sentencia y que se desestimara el recurso de apelación por errores consistentes en considerar la póliza de garantía como un contrato entre la promotora y el banco, considerar que la obligada a entregar el aval era la promotora, considerar que no se podía reclamar al banco dada la inexistencia de aval, omitir que en la demanda se había pedido subsidiariamente la condena del banco al amparo del art. 1-2.ª Ley 57/1968 y, en fin, por haber resuelto en contra del criterio sentado por la misma sección y Audiencia en sentencia 386/2015, de 27 de noviembre. El banco se opuso a esta petición.

El tribunal sentenciador accedió a aclarar la sentencia razonando, en síntesis, que conforme a la doctrina de esta sala contenida en la sentencia de 20 de enero de 2015, el art. 3 de la Ley 57/1968 permite al comprador resolver el contrato por incumplimiento de la vendedora siempre que lo haga antes de ser requerido por esta última para escriturar por estar la vivienda terminada y en disposición de ser entregada, lo que significa que la facultad del comprador para dirigirse contra la entidad aseguradora o avalista "exige la previa denuncia de la mora", pues "en caso de que el acreedor hubiera permanecido en silencio durante todo el tiempo que duró el retraso hasta la obtención de la licencia de primera ocupación por el promotor, carecerá de eficacia frente a la avalista la resolución mutuamente consentida, más próxima a un acuerdo transaccional... en línea con lo que establece el art. 1835 del CC, según el cual, la transacción hecha por el deudor principal de la obligación objeto de afianzamiento con el acreedor no surte efecto para con el fiador, contra su voluntad".

7.-La demandante interesó entonces la nulidad del auto de aclaración (si bien lo denominó "providencia") alegando que la vivienda todavía no disponía de

licencia de primera ocupación y que durante el pleito no había existido discusión acerca de la falta de dicha licencia al tiempo de presentarse la demanda. Mediante escrito posterior aportó copia de la sentencia 18/2016, de 20 de mayo, dictada en un caso que decía idéntico por la misma sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada, en la que se declaró probada la falta de licencia de primera ocupación en relación con las viviendas de la misma promoción, ya que la que sí obtuvo licencia en junio de 2012, y no completa porque no incluyó las piscinas, fue la denominada "DIRECCION000".

El tribunal sentenciador acordó inadmitir a trámite el incidente, dado que la sentencia era susceptible de recursos extraordinarios, y conceder nuevo plazo para interponerlos.

8.-Dentro del plazo fijado, la demandante presentó escrito de interposición de recurso contra la sentencia de primera instancia con el contenido reseñado en el antecedente de hecho sexto de la presente sentencia.

9.-Esta sala, en fase de admisión, admitió "los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos" por la representación procesal de la demandante, pero el banco recurrido, en su escrito de oposición, interesó la inadmisión de ambos recursos por extemporáneos y, además, la del recurso extraordinario por infracción procesal por no haber llegado a interponerse.

TERCERO.-No procede apreciar la extemporaneidad del escrito de interposición de recurso contra la sentencia de segunda instancia, ya que si bien es cierto que los plazos para interponer los recursos no pueden prolongarse artificialmente mediante incidentes manifiestamente improcedentes (auto de esta sala de 15 de julio de 2008, en recurso de queja 839/2007, con cita de las SSTC 78/1988, 182/1993, 354/1993, 134/1998 y 201/1998 y de los AATC 171/1984, 189/1984, 816/1986 y 28/1987), también lo es que en el presente caso el incidente de nulidad vino justificado por el contenido del auto de aclaración de la sentencia de segunda instancia dictado por el tribunal sentenciador, que acabó inadmitiendo a trámite el incidente pero fijando un plazo para la interposición de recurso extraordinario contra la sentencia con base en el derecho a la tutela judicial efectiva y toda vez que la solicitud de nulidad se había presentado al día siguiente de la notificación del auto de aclaración.

Si a lo anterior se une que el incidente de nulidad se tuvo por interpuesto, no sin que la correspondiente diligencia de ordenación hubiera de ser rectificada para referir el incidente al auto de aclaración y no a una providencia, habrá de concluirse que la actuación

de la parte demandante no estuvo orientada a una prolongación artificial de los plazos para recurrir la sentencia y que la inadmisión por extemporaneidad vulneraría en este caso el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) en su vertiente de acceso a los recursos.

CUARTO.-Sí procede, en cambio, considerar inadmisibles los recursos extraordinarios por infracción procesal, admitidos en principio por esta sala, al incurrir en las causas de inadmisión de falta de los requisitos establecidos en los arts. 469 y 471 LEC y carencia manifiesta de fundamento (art. 473.2-1.º y 2.º LEC), aplicables ahora como razones para desestimarlos, ya que, como se desprende de lo reseñado en el antecedente de hecho sexto de la presente sentencia, el escrito de interposición no expresaba con una mínima claridad que, además del recurso de casación, se estuviera interponiendo también un recurso extraordinario por infracción procesal.

Es más, si desde la interpretación más benévola para la parte recurrente se entendiera que las ocasionales menciones en su escrito a un recurso extraordinario por infracción procesal permitirían considerarlo como interpuesto, la inadmisión seguiría siendo procedente por no citarse como infringida norma alguna a continuación de la cita del art. 469.1.3 LEC en el "motivo 2.º" del escrito de interposición.

En consecuencia, tan solo cabe entrar a conocer del recurso de casación, considerándolo además fundado en un solo motivo, que es el identificado como "motivo 1.º" en el escrito de interposición.

QUINTO.-El recurso de casación se compone de un solo motivo, fundado en infracción del art. 3 de la Ley 57/1968 y de la jurisprudencia que lo interpreta.

En su desarrollo se alega, en síntesis:

(i) que la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia de esta sala sobre la aplicación de la Ley 57/1968 contenida en las sentencias de 7 de mayo de 2014 y 13 de enero, 16 de enero, 30 de abril, 23 de septiembre y 21 de diciembre de 2015;

(ii) que, según esta jurisprudencia, las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores de viviendas en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de cuenta especial debidamente garantizada deben responder del total de los anticipos;

(iii) que, además, según esta misma jurisprudencia también deben responder como avalistas aunque falten los avales individuales -porque no debe pesar sobre el comprador la actuación dolosa o negligente del promotor que deja de requerirlos- y aunque la cuenta en la que se hagan los ingresos no sea especial, porque la constitución del aval es una obligación

esencial, tiene naturaleza autónoma y su finalidad es garantizar la devolución de las cantidades anticipadas para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido;

y (iv) que la sentencia recurrida vulnera esta jurisprudencia porque considera la póliza como un contrato entre el promotor y el banco, y no como un aval, considera que la obligación de entregar el aval era de la promotora y, en fin, considera que a falta de aval individual no se podía reclamar al banco.

Termina solicitando que se case la sentencia recurrida y que, con estimación íntegra de la demanda, se condene al banco a devolver las cantidades reclamadas en la demanda (principal e intereses legales, no solo los devengados hasta la demanda que fueron cuantificados en la misma sino también los que se hayan seguido devengando), todo ello con base en la condición de avalista del banco demandado por razón de la "línea de avales/póliza de garantía constituida".

La parte recurrida se ha opuesto al motivo y al recurso tanto por causas de inadmisión como por razones de fondo, argumentando, en síntesis, que el recurso carece de interés casacional por no aportarse el texto de las sentencias de esta sala que se citan para tratar de justificarlo; y en cuanto al fondo, que la sentencia recurrida no incurre en las infracciones denunciadas, ya que la resolución de la compraventa de mutuo acuerdo extinguió la obligación principal de entrega de la vivienda y, por tanto, la accesoria del banco garante, además de que la compradora dispuso de seis meses para instar la ejecución del aval y no lo hizo. Subsidiariamente, para el caso de que se estimara el recurso, alega que la condena habría de limitarse a la devolución de la cantidad que se ingresó en cuentas abiertas en dicha entidad, pues existe doctrina (cita y extracta las sentencias 33/2018, de 24 de enero, y 102/2018, de 28 de febrero) de que la existencia de aval -individual o incluso colectivo- no implica que la entidad bancaria avalista deba responder sin más de todos los pagos de los compradores, pues solo ha de responder de las sumas entregadas al vendedor que se ingresaran en la cuenta del promotor en dicha entidad bancaria.

SEXTO.-No concurre la causa de inadmisión de falta de justificación del interés casacional, porque si bien es cierto que el escrito de interposición adolece de algunos defectos formales, también lo es que el planteamiento del recurso de casación no suscita duda alguna sobre su interés casacional en la modalidad invocada de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, ya que se citan como infringidas las normas

pertinentes (el art. 3 de la Ley 57/1968), se citan asimismo las sentencias de esta sala cuya doctrina se dice vulnerada por la sentencia recurrida, sin que la falta de aportación del texto de las sentencias justifique a estas alturas la desestimación del recurso por causa de inadmisión dado que "el requisito formal de la aportación de los textos de las sentencias invocadas queda difuminado o atenuado, porque el tribunal conoce su propia jurisprudencia" (sentencia 245/2017, de 20 de abril, y en la misma línea, sentencia 101/2018, de 28 de febrero), y el problema jurídico está suficientemente identificado desde el respeto a los hechos probados, todo lo cual ha permitido a la parte recurrida oponerse al recurso sabiendo cuál es la única cuestión jurídica controvertida, consistente en si el banco debía responder de la devolución de los anticipos de la compradora a pesar de que el contrato se resolviera por las partes y de que el banco solo hubiera suscrito una póliza de garantía con la promotora y no llegara a emitir avales individualizados.

SÉPTIMO.-Entrando por tanto a conocer del recurso, este debe ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) La compradora pidió con carácter principal en su demanda que se condenara al banco a devolver las cantidades que reclamaba con base en su condición de avalista, dada la existencia de una póliza de garantía suscrita en 2002 entre la promotora y la entidad bancaria. Solo con carácter subsidiario interesó que su condena se fundara en la responsabilidad legal que cabía exigirle conforme al art. 1-2.ª de la Ley 57/1968. La sentencia de primera instancia condenó al banco por haber garantizado mediante dicha póliza la obligación de la promotora de devolver las cantidades que anticiparan los compradores de viviendas correspondientes a la promoción "DIRECCION000", razonando además que el acuerdo entre compradora y promotora no liberaba al garante por ser posterior al incumplimiento contractual de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo convenido. Como la demanda fue totalmente estimada, solo apeló quien tenía interés en hacerlo, la entidad bancaria, que fundó su recurso en argumentos semejantes a los de su contestación a la demanda, dirigidos a excluir su responsabilidad tanto por los efectos del acuerdo resolutorio como por la falta de avales individuales. La sentencia recurrida resolvió desestimar la demanda con fundamento en la falta de avales individuales y en que la obligación de garantizar la devolución de los anticipos era del promotor y tenía carácter accesorio, no esencial, por lo que su incumplimiento carecía de eficacia resolutoria contractual.

Por tanto, aunque en el recurso de casación se invoque también la jurisprudencia sobre la responsabilidad legal de la entidad bancaria como receptora de los anticipos (sentencia de pleno 733/2015, de 21 de diciembre), vista la razón decisoria de la sentencia recurrida debe entenderse que la cuestión jurídica que se somete a la decisión de esta sala tiene que ver únicamente con la responsabilidad que cabe atribuir al banco demandado por su condición de avalista colectivo, partiendo además de la influencia que pudiera tener al respecto el acuerdo resolutorio que alcanzaron compradora y vendedora antes de que se interpusiera la demanda, toda vez que la demandante no pidió complemento de la sentencia para que se resolviera la petición subsidiaria de su demanda ni ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal por incongruencia omisiva.

2.ª) La Ley 57/1968 obliga al promotor de viviendas en construcción a garantizar la devolución de las cantidades que entreguen los compradores a cuenta del precio mediante aval o seguro. La sentencia recurrida le atribuye carácter accesorio, pero ya en la fecha en que se dictó existía una jurisprudencia reiterada que la consideraba obligación de carácter esencial "mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de manera que su incumplimiento facultará al comprador para resolver el contrato e impedirá al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio (SSTS de 25 de octubre de 2011, rec. 588/2008, 10 de diciembre de 2012, rec. 1044/2010, 11 de abril de 2013, rec. 1637/2010, y 7 de mayo de 2014, rec. 828/2012)" (sentencia de pleno 778/2014, de 20 de enero de 2015, citada en el recurso).

Por lo que respecta a la ausencia de aval individual, desde la sentencia del pleno de esta sala 322/2015, de 23 de septiembre (también citada en el recurso), es jurisprudencia reiterada que los compradores tienen derecho a reclamar de la aseguradora o avalista la devolución de los anticipos con base en un aval o seguro colectivo, aunque no se hubiera llegado a extender un aval individualizado.

Según dicha sentencia:

"i) al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía;

ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o

avalista, a favor de cada uno de los compradores, legítima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al art. 3 Ley 57/1968;

y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva".

La interpretación de la sentencia 322/2015 de que no debe caer sobre el comprador la negligencia del promotor que no requiere los certificados individuales es la que mejor responde a la finalidad tuitiva de la regulación de las garantías por cantidades anticipadas en la construcción, y ha sido reiterada, entre otras, por las sentencias 272/2016, de 22 de abril, 626/2016, de 24 de octubre, 739/2016, de 21 de diciembre, de pleno, 420/2017, de 4 de julio, y 502/2017, de 14 de septiembre, también de pleno.

Como declara esta última:

"Por lo que se refiere a las pólizas colectivas de seguro o aval, en particular cuando la entidad avalista o aseguradora no llega a emitir certificados individuales a favor de los compradores de las viviendas, es doctrina jurisprudencial que la omisión del certificado individual a favor de cada uno de los compradores no elimina la responsabilidad de la entidad aseguradora o avalista, conjunta con la del promotor, de garantizar la eventual devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores en caso de incumplimiento del promotor, responsabilidad exigible incluso aunque a los compradores no se les hubiera entregado en su momento una copia de la póliza colectiva (sentencias 322/2015, de 23 de septiembre, de Pleno, 272/2016, de 22 de abril, 626/2016, de 24 de octubre, y 739/2016, de Pleno, de 21 de diciembre)".

3.ª) La sentencia recurrida se opone a esta jurisprudencia al considerar que de la póliza de garantía suscrita por el banco y la promotora, dada la ausencia de avales individuales, no derivaba ninguna responsabilidad para el banco, pues dicha garantía estaba en vigor cuando venció el plazo para la entrega de la vivienda, se refería concretamente a la promoción de la vivienda comprada por la demandante ("DIRECCION000") y, según su propio texto, constituía una garantía "de conformidad a lo establecido en la Ley 57/1968, de 27 de julio [...] para el caso de que no se produzca la entrega de dichas viviendas a los compradores por parte de LOS LAGOS DESANTAMARÍA GOLF S.L y no les sea expedida la oportuna licencia de primera ocupación".

Por tanto, se generó en los compradores la confianza en la garantía de sus anticipos conforme a la Ley 57/1968, como considera la jurisprudencia reseñada.

4.ª) En cuanto a las consecuencias del acuerdo entre LLSMG y la demandante, la sentencia del pleno de esta sala 133/2015, de 23 de marzo -anterior, por tanto, a la sentencia recurrida- fijó como doctrina que el avalista no responde frente al comprador en caso de extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso anterior a la fecha en la que deba entregarse la vivienda.

Según dicha sentencia, de los arts. 3 y 4 de la Ley 57/196 resulta que la garantía de devolución de los anticipos está vinculada a la efectiva construcción y entrega de la vivienda dentro del plazo contractual, siendo consecuencia de ello que dicha garantía no puede subsistir:

"[...] si el contrato de compraventa se extingue, como en el presente caso, por mutuo disenso de comprador y vendedor antes de la fecha establecida para la entrega de la vivienda, porque según el art. 1847 CC "[l]a obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor", y conforme al art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro, relativo al seguro de caución, el riesgo asegurado es "el incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales".

La misma sentencia recuerda que la sentencia de pleno de 7 de mayo de 2014 también exigió para la ejecución del aval el incumplimiento del vendedor, ciertamente que "por cualquier causa", pero asimismo siempre que constituya incumplimiento propio del vendedor y no renuncia anticipada del comprador aceptada por el vendedor. De ahí que concluya declarando lo siguiente:

"Cuestión distinta sería que la extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso hubiera sido posterior al vencimiento del plazo contractual para la entrega de la vivienda, pues en tal caso el incumplimiento del vendedor ya se habría producido y, de no cumplir él con la devolución de las cantidades anticipadas, tendría que hacerlo su garante".

En este caso, es un hecho probado que la promoción de la que formaba parte la vivienda comprada por la demandante no disponía de licencia de primera ocupación cuando la vivienda debía ser entregada y que ni siquiera la obtuvo tiempo después por irregularidades que afectaban a la licencia de obras, hecho que no puede considerarse un mero retraso sin consecuencias resolutorias a tenor de la doctrina fijada por la sentencia de pleno 537/2012, de 10 de septiembre, reiterada por las sentencias 168/2013, de 6 de marzo, 170/2013, de 6 de marzo, 82/2013, de 11

de marzo, 169/2013, de 20 de marzo, 398/2013, 399/2013, 400/2013 y 401/2013, todas de fecha 10 de junio, 599/2013, de 30 de septiembre, 620/2013 y 621/2013, ambas de 9 de octubre, 634/2013 y 635/2013, ambas de 21 de octubre, 653/2013 y 661/2013, ambas de 28 de octubre, 678/2013, de 30 de octubre, 683/2013, de 31 de octubre, 677/2013, de 6 de noviembre, 701/2013 y 706/2013, ambas de 7 de noviembre, 721/2013, de 14 de noviembre, 52/2014, de 6 de febrero, 198/2014, de 1 de abril, y 423/2016, de 24 de junio. Más recientemente, la sentencia 255/2019, de 5 de mayo, citando las sentencias 527/2016, de 12 de septiembre y 696/2013, de 13 de noviembre, subraya que:

"[...] la obligación de entregar la vivienda en plazo, garantizada por el aval, "presenta un doble aspecto: físico o material, consistente en la puesta en posesión que, en el caso de inmuebles puede entenderse producida por el otorgamiento de la escritura pública; y otro jurídico, que se refiere al cumplimiento de aquellas condiciones necesarias para que quede garantizada la posesión legal y pacífica de la cosa a favor del comprador", siendo lo relevante para el comprador, partiendo de la terminación física de la obra, "que la entrega o puesta a disposición tenga lugar conforme al artículo 1462 CC, esto es cuando el inmueble esté en condiciones de ser disfrutado según su destino", lo que a su vez pasa por la obtención de la licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad, entre cuyos efectos se encuentra "permitir la cancelación de las garantías constituidas para asegurar la restitución de las cantidades anticipadas por los compradores de viviendas, en los términos previstos en el artículo 4 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, y Disposición Adicional 1ª de la LOE".

En consecuencia, cuando compradora y promotora decidieron suscribir el acuerdo resolutorio, el contrato ya había sido incumplido por la promotora, y al no devolver esta las cantidades anticipadas tiene que hacerlo su avalista en virtud de una garantía que seguía vigente, tal y como ha reiterado recientemente la sentencia 459/2019, de 22 de julio, en un caso similar.

5.ª) Declarada la responsabilidad del banco como avalista, solo quedaría por determinar si, como aduce el banco demandado, esa responsabilidad ha de limitarse a las cantidades ingresadas en la cuenta de la promotora en ese mismo banco.

A este respecto la sentencia 298/2019, de 28 de mayo, recuerda que "si existe garantía (aval o seguro), esta sala viene reiterando que los anticipos ingresados por el comprador se encuentran garantizados por el asegurador o avalista aunque no se ingresen en la

cuenta especial sino en otra diferente del promotor", citando como precedentes las sentencias 222/2001, de 8 de marzo, 779/2014, de 13 de enero de 2015, 780/2014, de 30 de abril, 142/2016, de 9 de marzo, 360/2016, de 1 de junio, y 420/2017, de 4 de julio, las cuales "no hacen depender la responsabilidad del avalista de que el ingreso de los anticipos se haga en la cuenta especial".

Además, la misma sentencia 298/2019 también recuerda que, según la jurisprudencia, "la entidad de crédito responde de todas las cantidades anticipadas, sin que proceda respetar los límites cuantitativos del aval o de la póliza de seguro, pues la Ley 57/68 no establece límites y exige la cobertura de todas las cantidades entregadas y la integridad de los intereses legales hasta que la vivienda se entregue y cuente con "cédula de habitabilidad" o licencia de primera ocupación (sentencias 476/2013, de 3 de julio, 778/2014, de 20 de enero, 780/2014, de 30 de abril de 2015, 226/2016, de 8 de abril, y 420/2017, de 4 de julio, y 459/2017, de 18 de julio). Sobre este punto la citada sentencia 420/2017, con apoyo en la sentencia 436/2016, de 29 de junio, destaca que "la entidad avalista pudo conocer la entrega a cuenta del precio en concepto de reserva con haber requerido al promotor una copia de los contratos", argumento coherente a su vez con la Orden de 29 de noviembre de 1968 que, en relación con la garantía en forma de seguro de caución, imponía a las entidades aseguradoras el previo conocimiento de los contratos cuyos anticipos garantizarasen".

En consecuencia, el aval prestado por la entidad recurrida no podía limitar su efectividad, por impedirlo la Ley 57/1968 según su interpretación jurisprudencial, ni en la cantidad, ni en el tiempo de su vigencia, ni por razón de la cuenta en la que se ingresaron los anticipos, que en este caso era además la indicada en el contrato, ni, en fin, por razón de que la cantidad correspondiente a la reserva no conste ingresada en esta misma cuenta.

OCTAVO.-La estimación del recurso de casación determina que se case la sentencia recurrida y que, en su lugar, desestimando el recurso de apelación del banco, se confirme íntegramente la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas por ajustarse al art. 394.1 LEC».

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1528/2017] DE 15 DE ENERO DE 2020 [Ponente: Juan María Díaz Fraile]**

*Contratación mediante condiciones generales: control de las condiciones generales. Para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato. En este sentido, la sencillez y claridad exigible a la cláusula depende del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual, y, en todo caso, esa exigencia no puede ocasionar que las relaciones contractuales pierdan matizaciones o complejidad necesarias. La jurisprudencia de esta sala excluye que las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos celebrados entre empresarios puedan ser sometidas al control de transparencia, dado que este control está reservado a contratos en los que el adherente es un consumidor.*

«El 11 de octubre de 2007, D. Pedro Francisco y D<sup>a</sup> Carmela, como prestatarios, suscribieron una escritura de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad Caja Rural de Asturias, S.C.C., por importe de 170.000 euros (96.300 euros con garantía hipotecaria y el resto con garantía personal) con cláusula de intereses variables (cláusula tercera bis), en la que se incluyó un pacto adicional de limitación a la variación del tipo de interés (cláusula suelo) del siguiente tenor:

"Límites a la variación de tipos de interés. En todo caso, el tipo de interés anual resultante de cada variación no podrá ser superior al 15% por ciento ni inferior al 3,00% por ciento".

2.-Los Sres. Pedro Francisco y Carmela interpusieron una demanda contra la entidad Caja Rural de Asturias, S.C.C., interesando la declaración de nulidad de la reseñada cláusula de limitación a la variación del tipo de interés y, por otro lado, un pronunciamiento de condena a la demandada a restituir las cantidades que el actor hubiera abonado indebidamente en aplicación de la misma, más los correspondientes intereses legales.

3.-La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda por considerar que, tratándose de un préstamo hipotecario destinado a la adquisición de una licencia de taxi, los demandantes no tenían la condición de consumidores en el citado negocio jurídico y, en consecuencia no les correspondía el régimen tuitivo propio de los consumidores, por lo que la hipotética nulidad de la cláusula litigiosa sólo podía ser examinada desde el prisma de las reglas generales de la contratación y, dado que se trata de una condición general de la contratación, las específicas de la Ley de Condiciones

Generales de la Contratación. Concluía que, a la vista del contenido de la cláusula, su redacción cumplía rigurosamente los requisitos de sencillez, claridad y concreción exigidos por la citada ley, y que su ubicación dentro del documento era exactamente la que le correspondía, pues se insertaba en el apartado dedicado a la determinación del tipo de interés variable.

4.-Recurrida la sentencia de primera instancia por los Sres. Pedro Francisco y Carmela, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación al considerar que, si bien los demandantes no tienen en el contrato debatido la condición de consumidores, ello no impide examinar la cláusula debatida, como condición general de la contratación, desde la perspectiva del control de inclusión (incorporación), concluyendo que la reiterada cláusula, a pesar de ser fácilmente comprensible, no supera dicho control, conclusión que justifica en el hecho de que dicha cláusula "aparece recogida dentro de un conjunto de apartados de la cláusula financiera tres bis, en la que se prevé el tipo de interés variable, cómo se fija el tipo referencial, el euribor y posible referencial sustitutivo. En fin, se incluye en la página 13 del contrato enmascarada en un conjunto de cláusulas diversas"; a lo que añade que la cláusula se presenta como una más del contrato, con la misma tipología de letra que el resto y con la misma estructura en su redacción, por lo que, salvo advertencia expresa, pasa fácilmente desapercibida.

SEGUNDO.-Formulación del recurso de casación. Único motivo. Control de incorporación de las condiciones generales de la contratación. El control de transparencia sólo procede en contratos con consumidores.

1.-Planteamiento.

En el único motivo de casación, formulado al amparo del artículo 477.1 LEC, se denuncia la infracción de los arts. 5 y 7 b) LCGC y la doctrina jurisprudencial que los interpreta (SSTS 241/2013, 138/2015, 222/2015 Y 367/2016).

En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida al declarar la nulidad de la cláusula suelo por no superar el control de incorporación vulnera los preceptos y la jurisprudencia citada conforme a los cuales en los contratos entre empresarios, como en el caso de la litis, el control de incorporación se refiere exclusivamente a la transparencia documental o gramatical, considerando que la sentencia objeto de recurso exige requisitos que exceden de los propios de ese control de incorporación, pues la transparencia gramatical se cumple al ser fácilmente comprensible la cláusula.

2.-Admisibilidad.

Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alega que era inadmisibile, porque se basa en la cita de preceptos heterogéneos e incurre, a su juicio, en falta de claridad expositiva, causándole indefensión al impedirle conocer las razones por las que la sentencia supuestamente infringe los preceptos citados.

Tales objeciones no pueden ser atendidas. En el motivo de casación se citan las concretas normas sustantivas que se consideran infringidas (el acierto de dicha alegación no condiciona la admisibilidad, sino la estimación). En concreto los preceptos cuya vulneración por la sentencia recurrida se denuncia son los arts. 5 y 7 LCGC, que lejos de tener carácter heterogéneo entre sí están estrechamente vinculados, como se verá infra. Las razones que, a juicio de la demandada, justifican dicha supuesta infracción quedan también claramente expuestas en el recurso interpuesto, consistiendo, en síntesis, en la idea de que la Audiencia Provincial en su resolución exige requisitos que exceden de los propios del control de incorporación de la cláusula debatida, que considera fácilmente comprensible.

TERCERO.-Decisión de la sala.

1.-El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato.

2.-La LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el art. 5, para establecer los requisitos de incorporación; y en el art. 7, para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato.

Conforme al art. 5, en lo que ahora importa:

- a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.
- b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.
- c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.
- d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

A su vez, a tenor del art. 7, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que:

- a) El adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, si ello fuera necesario conforme al art. 5.
- b) Sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

3.-En la práctica, como ya señalaron las sentencias de esta sala 314/2018, de 28 de mayo y 57/2019, de 25 de enero, se aplica en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC, y si se supera es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo (a la que sigue, entre otras, la sentencia 314/2018, de 28 de mayo) consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

4.-Pues bien, la cláusula litigiosa sí supera el control de incorporación, porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública y ser gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción. Se encuentra dentro de un epígrafe específico de la escritura pública, titulado "Tipo de interés variable", en un apartado

propio titulado "Límites a la variación del tipo de interés". Así lo reconoce la propia sentencia recurrida al afirmar que "Es cierto que la redacción de la cláusula en sí misma es fácilmente comprensible". En ella se dice "Límites a la variación de tipos de interés. En todo caso, el tipo de interés anual resultante de cada variación no podrá ser superior al 15% por ciento ni inferior al 3,00% por ciento". Por tanto, supera sin dificultad los umbrales de los arts. 5 y 7 LCGC.

La sencillez y claridad exigible a la cláusula depende del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual. Como hemos declarado en otras ocasiones "la exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, y, más en concreto, de la cláusula controvertida" (sentencias 688/2015, de 15 de diciembre, 402/2017, de 27 de junio, y 322/2018, de 30 de mayo). Si hay que prever unas condiciones para las distintas fases del contrato o hacer previsiones para el caso de que dejen de publicarse los índices de referencia, etc., no puede exigirse la sencillez y claridad de las condiciones generales de otros contratos más simples (por ejemplo, algunas compraventas). La exigencia de claridad y sencillez en las condiciones generales no puede determinar que las relaciones contractuales pierdan matizaciones o complejidad, salvo casos patológicos de complejidad innecesaria buscada para provocar confusión en el adherente. Lo exigible es que la redacción de la condición general no añada innecesariamente complicación a la propia complejidad que pueda tener la relación contractual.

5.-Lo que la sentencia recurrida hace no es realmente un control de incorporación, sino un control de transparencia, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia del TJUE y de esta sala, pues al incidir en que la cláusula está enmascarada entre un conjunto de cláusulas diversas, lo que dificultaría su efectivo conocimiento y comprensión de su alcance por el adherente, o a la falta de información previa, o a la insuficiencia de las advertencias notariales por no incorporar a la escritura la oferta vinculante, a lo que se está refiriendo es a la comprensibilidad de la carga jurídica y económica de la condición general de la contratación. Esto es ajeno al control de incorporación y propio del control de transparencia.

Como ha afirmado reiteradamente esta sala, el control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de

2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei; y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

Como venimos diciendo hasta la saciedad, el control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

Pero, como igualmente hemos dicho de forma reiterada, el control de transparencia solo procede en contratos con consumidores. La jurisprudencia de esta sala excluye que las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos celebrados entre empresarios puedan ser sometidas al control de transparencia, que está reservado a contratos en que el adherente es un consumidor.

6.-En efecto, el ya referido control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en el que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores. Este Tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; 8/2018, de 10 de enero; 314/2018, de 28 de mayo, y otras posteriores, en la que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores.

Del mismo modo, hemos establecido que el control de transparencia material únicamente es procedente en tales contratos. Y es en el marco de este control de transparencia material en el que cobra una relevancia determinante la adecuada y completa información precontractual así como la oferta vinculante puesta a disposición del adherente, dada la relación de asimetría convencional que se produce en la

negociación seriada, con condiciones generales de contratación, entre predisponente y adherente consumidor, y que requiere compensar dicha asimetría con una información y garantías precontractuales que permitan al consumidor acceder a una comprensión real de la importancia de la cláusula suelo en el desarrollo y la economía del contrato, en concreto su incidencia en el precio a pagar por los consumidores (SSTS 593/2017, de 7 de noviembre, 353/2018, de 13 de junio, 209/2019, de 5 de abril y 433/2019, de 17 de julio).

Constituye, en este sentido, un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial, que se manifiesta entre otras en las SSTS 727/2018, 20 de diciembre; 9/2019, de 11 de enero; 93/2019, de 14 de febrero; 128/2019, de 4 de marzo; 188/2019, de 27 de marzo; 209/2019, de 5 de abril y 188/2019, de 27 de marzo, las que, con cita de las SSTJUE, de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y de 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), vienen entendiendo que:

"[...] el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga "antes de la celebración del contrato" de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado [...] Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato".

7.-Pero, como ya se ha dicho, la aplicación de este control de transparencia material está vedado en la contratación entre empresarios. En este caso, la sentencia recurrida parte del hecho de que el préstamo objeto del litigio se otorgó exclusivamente para financiar la adquisición de una licencia municipal de taxi (estipulación 1.ª de la escritura), por lo que, según se afirma en la misma sentencia, tal

circunstancia "excluye la consideración de consumidor de los demandantes". Conclusión que comparte esta Sala por ser conforme con su doctrina jurisprudencial reiterada sobre esta materia, fijada de conformidad con la jurisprudencia del TJUE (vid. art. 4 bis LOPJ).

Como hemos declarado en las sentencias 230/2019, de 11 de abril y 533/2019, de 10 de octubre, los criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora han sido resumidos recientemente por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen), al decir:

"El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, apartado 29 y jurisprudencia citada).

"Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, apartado 30 y jurisprudencia citada).

"Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95, apartado 17)".

Y como ha dicho esta sala en la citada sentencia 533/2019, de 10 de octubre, desde ese punto de vista, en la fecha que se concertó el contrato, era irrelevante que la empresa de la que era titular el demandante fuera pequeña o que la ejercitara a título personal y no bajo un amparo societario.

8.-La exclusión de la cualidad de consumidor en el demandante hace improcedente la realización de los controles de transparencia material, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala (sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero;

587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; 414/2018, de 3 de julio; y 230/2019, de 11 de abril, entre otras).

9.-En consecuencia, el recurso de casación debe ser estimado.

CUARTO.-Consecuencias de la estimación del recurso de casación. Asunción de la instancia. Estimación del recurso de apelación y desestimación de la demanda. La estimación del recurso de casación conlleva que este Tribunal deba asumir la instancia, y por las mismas razones expuestas para estimar el recurso de casación, desestimar el recurso de apelación y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto, por un lado, no procede realizar un control de transparencia material ni de abusividad respecto de una condición general de la contratación inserta en un contrato en que el adherente no es un consumidor y, por otro lado, la cláusula sometida a examen supera el control de incorporación».

#### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2652/2017] DE 16 DE ENERO DE 2020 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

*Contratación de obligaciones de deuda subordinada: alcance de la indemnización por el perjuicio sufrido, pérdida de la inversión, ante la infracción por el banco de las obligaciones de información y asesoramiento. En la liquidación de los daños indemnizables debe computarse, junto a los daños sufridos, la eventual obtención de ventajas por el acreedor. En el ámbito contractual, cuando una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño y una ventaja deben compensarse uno y otra, a fin de que el contratante cumplidor no quede en una situación patrimonial más ventajosa con el incumplimiento que con el cumplimiento de la relación obligatoria. Ahora bien, a estos efectos, solamente han de ser evaluables aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste.*

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

En el año 2011, Regina suscribió obligaciones de deuda subordinada de Caixa Catalunya (luego, Catalunya Banc y, en la actualidad, BBVA), por un importe total de 129.000 euros.

Tras la intervención de la entidad por el FROB, el canje obligatorio de las obligaciones de deuda subordinada

por acciones y su posterior venta, Regina recuperó 100.076,16 euros.

2. Regina interpuso una demanda contra Catalunya Banc, S.A. de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento por el banco de sus obligaciones de asesoramiento e información. El importe del perjuicio objeto de indemnización era la pérdida de la inversión realizada, representada por la diferencia entre el precio pagado por las subordinadas y la cantidad recuperada tras la intervención del FROB, que la demanda cifraba en 28.923,84 euros.

3. El juzgado de primera instancia estimó sustancialmente la demanda y condenó al banco demandado al pago de una indemnización de 28.923,84 euros, más los intereses devengados desde la interposición judicial.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el banco demandado. La Audiencia desestima el recurso al desatender la objeción formulada por el banco apelante de que se descontaran los rendimientos obtenidos durante la vigencia de los productos financieros.

5. Frente a la sentencia de apelación, el banco demandado ha interpuesto recurso de casación, sobre la base de un único motivo.

La parte recurrida en su escrito de oposición aduce que el recurso plantea una cuestión nueva, la deducibilidad de los rendimientos obtenidos durante la vigencia de las subordinadas, que no había sido opuesto en su contestación a la demanda.

Procede desatender a esta objeción, pues la demandada interesó la desestimación de la demanda, al entender que no se habían causado daños susceptibles de indemnización al amparo del art. 1101 CC, pretensión que engloba la desestimación parcial por ser el daño en la inversión menor al reclamado. Luego, al estimarse en primera instancia las pretensiones de la demandante, el banco reiteró en su recurso de apelación lo que había alegado en la audiencia previa: que para la determinación del daño había que tener en cuenta el importe de los rendimientos obtenidos, que aparecían en los documentos de la contestación a la demanda. La sentencia recurrida entró a analizar esta cuestión y concluyó que no era procedente descontar del daño estos rendimientos generados por las subordinadas. Por esta razón no puede considerarse que el recurso de casación plantee una cuestión nueva.

SEGUNDO. Recurso de casación.

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 1101 CC, en relación con la jurisprudencia contenida en la sentencia 754/2014, de 30 de diciembre, en la medida que lo concedido

excede de la satisfacción del daño sufrido en la inversión.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Estimación del motivo. La cuestión suscitada en el motivo ha sido resuelta y aclarada por la sala en su sentencia 81/2018, de 14 de febrero.

En esta sentencia, con remisión a la anterior sentencia 613/2017, de 16 de noviembre, se reitera la doctrina contenida en la sentencia 301/2008, de 8 de mayo, según la cual en la liquidación de los daños indemnizables debía computarse, junto a los daños sufridos, la eventual obtención de ventajas por el acreedor. Esta regla había sido aplicada también por la sentencia 754/2014, de 30 de diciembre, en un caso en que se apreció el incumplimiento contractual en la labor de asesoramiento que provocó la adquisición de participaciones preferentes, al concluir que "el daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes".

En este contexto, la sentencia 81/2018, de 14 de febrero, resulta más explícita, cuando razona:

"En el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño -en el caso, por incumplimiento de la otra parte- pero también una ventaja -la percepción de unos rendimientos económicos-, deben compensarse uno y otra, a fin de que el contratante cumplidor no quede en una situación patrimonial más ventajosa con el incumplimiento que con el cumplimiento de la relación obligatoria. Ahora bien, para que se produzca la aminoración solamente han de ser evaluables, a efectos de rebajar el montante indemnizatorio, aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste.

"Aunque esta regla no está expresamente prevista en la regulación legal de la responsabilidad contractual, su procedencia resulta de la misma norma que impone al contratante incumplidor el resarcimiento del daño producido por su acción u omisión, ya que solo cabrá reputar daño aquel que efectivamente haya tenido lugar. Al decir el art. 1106 CC que "la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor", se desprende que la determinación del daño resarcible debe hacerse sobre la base del perjuicio realmente experimentado por el acreedor, para lo cual deberán computarse todos aquellos lucros o provechos,

dimanantes del incumplimiento, que signifiquen una minoración del quebranto patrimonial sufrido por el acreedor.

"Es decir, cuando se incumple una obligación no se trata tanto de que el daño bruto ascienda a una determinada cantidad de la que haya de descontarse la ventaja obtenida por el acreedor para obtener el daño neto, como de que no hay más daño que el efectivamente ocasionado, que es el resultante de la producción recíproca de daño y lucro".

De tal forma que también en el presente caso podemos concluir que, como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados "resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado, (...) se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial".

En la medida en que para el cálculo del perjuicio es necesario descontar los rendimientos obtenidos durante la vigencia de las subordinadas y la sentencia de apelación no siguió este criterio, procede casar la sentencia y asumir la instancia.

3. Al asumir la instancia, por las mismas razones que acabamos de exponer, estimamos en parte el recurso de apelación, en el sentido de estimar en parte la demanda y condenar al banco demandado a indemnizar a la demandante en la diferencia entre el capital invertido, por un lado, y, por otro, el rescatado y los rendimientos obtenidos durante la vigencia de las obligaciones de deuda subordinada.

Según consta de las liquidaciones aportadas con la contestación a la demanda, los rendimientos percibidos durante la vigencia de las subordinadas fueron 11.588,72 euros. Si descontamos tales rendimientos, la indemnización que debía percibir la demandante se cifra en 17.335,12 euros. Sobre esta cantidad deberá aplicarse el interés legal desde la interposición judicial».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2742/2017] DE 16 DE ENERO DE 2020 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]**

*Propiedad intelectual: infracción de derechos. Las creaciones científicas no son objeto de propiedad intelectual por razón de su contenido, ni por virtud de la formación o experiencia de quienes las realizan o impulsan, o de los esfuerzos de quienes las financian, sino sólo por la forma literaria o artística de su expresión. Es cierto que cualquier texto escrito no goza por sí solo de originalidad, se exige un mínimo de creatividad intelectual, pero esa exigencia de*

*creatividad no justifica que se asocie con el juicio que sobre la originalidad de las ideas expuestas pudieran hacer los conocedores de la materia, sino con la forma en que son expuestas. De este modo, al margen de que lo revelado en la obra pudiera ser ya conocido en esa especialidad, lo verdaderamente relevante es que, sin perjuicio de las pertinentes citas de las fuentes de las que se tomó este conocimiento, la forma en que se expuso difería de lo ya existente y no constituía un lugar común. En un caso en el que la reproducción de los epígrafes de una obra se ha realizado de forma prácticamente literal, no cabe escudarse en que las ideas transmitidas constituían un conocimiento común para negar originalidad a la obra parcialmente reproducida. El plagio se verifica con la reproducción literal del texto.*

«Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

En el año 2009, dentro de un programa de doctorado y para lograr la suficiencia investigadora, Miguel Ángel (en adelante, Sr. Miguel Ángel) realizó un trabajo de investigación titulado "Las Leyes de Burgos, precedente del derecho internacional y del reconocimiento de los derechos humanos", bajo la dirección de Juan Enrique (en adelante, Sr. Juan Enrique). El trabajo fue juzgado de forma favorable por un tribunal, del que formó parte el Sr. Juan Enrique, y publicado en el repositorio institucional de la biblioteca de la Universidad de Burgos.

Antecedente de este trabajo fue la conferencia impartida por el Sr. Miguel Ángel sobre las Leyes de Burgos en un curso organizado por el Sr. Juan Enrique, quien se la encargó ante la ausencia del profesor destinado a impartirla.

El Sr. Juan Enrique, profesor titular de Historia del Derecho en la Universidad de Burgos y autor de muchas publicaciones, es considerado una autoridad también en las Leyes de Burgos sobre la que versó el trabajo del Sr. Miguel Ángel.

En el año 2012, con motivo del centenario de las Leyes de Burgos, el Sr. Juan Enrique coordinó el libro "Las leyes de Burgos de 1512 y centenario", en el que redactó el capítulo VI dedicado a "Las Leyes de Burgos de 1512 y las bases del Derecho internacional en Francisco de Vitoria". En este capítulo, el epígrafe 2.1, titulado "significación de las Leyes de Burgos", reproduce de forma casi literal los epígrafes 2 y 3 del reseñado trabajo del Sr. Miguel Ángel.

También en ese año 2012, el Sr. Juan Enrique publicó, en la Revista Jurídica de Castilla y León, el artículo "Las

Leyes de Burgos de 1512 y la doctrina jurídica de la conquista", cuyo capítulo IV, en la introducción y el apartado 4.1, reproduce párrafos literales de los reseñados epígrafes 2 y 3 del trabajo del Sr. Miguel Ángel.

2. En su demanda, el Sr. Miguel Ángel ejercitó una acción de infracción de sus derechos de propiedad intelectual sobre la obra "Las Leyes de Burgos, precedente del derecho internacional y del reconocimiento de los derechos humanos", frente al Sr. Juan Enrique, al haber reproducido de forma parcial los epígrafes 2 y 3 en las dos publicaciones reseñadas del año 2012. Pedía, además de la declaración de infracción, la condena del demandado a indemnizarle en 30.000 euros, y la publicación o difusión de la sentencia.

3. La sentencia dictada en primera instancia, si bien apreció los reseñados hechos probados, desestimó la demanda porque el trabajo del Sr. Miguel Ángel, parcialmente reproducido por el Sr. Juan Enrique, "carece de la originalidad necesaria para que la Ley de Propiedad Intelectual le otorgue protección en la condición de obra".

La sentencia entiende que el origen de esta obra radica en una conferencia impartida por el Sr. Miguel Ángel, a instancia del Sr. Juan Enrique, quien le había facilitado la información precisa y detallada sobre el tema.

4. La sentencia fue apelada por el Sr. Miguel Ángel. La Audiencia estima el recurso de apelación y, sobre la base de los hechos probados que hemos reseñado en el apartado 1, aprecia la infracción denunciada en la demanda. En relación con el requisito de la originalidad, la sentencia razona en el siguiente sentido:

"(cuando) el plagio consiste en disfrazar como propio lo que es una obra ajena, (...) dando al texto de la obra copiada una forma diferente para hacerlo pasar como propio, (...) es congruente exigir a la obra copiada un cierto grado de originalidad porque será esta la que permitirá distinguir el plagio a la vista de la comparación de dos textos que no son idénticos. A pesar de la falta de identidad, si se comprueba que hay estructuras, o formas de decir, o correlación de ideas que se repiten en ambas obras, y siendo una de ellas cronológicamente anterior a la otra, se podrá concluir con la existencia de plagio.

"Sin embargo cuando el plagio consiste en reproducir de forma literal el texto original más que de plagio habremos de concluir que lo que existe es una infracción del derecho de reproducción (...). En este caso ya no es necesario exigir una originalidad objetiva para determinar el plagio. Basta la originalidad

subjetiva pues nadie puede discutir el carácter original de una obra que ha sido escrita por primera vez por un determinado autor. De esta forma cuando se fotocopia un manual universitario se produce una infracción del derecho del autor a la reproducción de su obra con independencia de la mayor o menor originalidad del manual en cuestión, porque la protección está ligada al derecho de propiedad del autor sobre aquello que ha escrito".

La Audiencia, además de declarar la infracción, condena al demandado al pago de una indemnización de 3.000 euros y ordena la publicación de la sentencia o al menos del contenido íntegro del fallo en la Revista Jurídica de Castilla y León, a costa del demandado.

5. Frente a la sentencia de apelación, el Sr. Juan Enrique interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, que no ha sido admitido, y recurso de casación que sí lo ha sido.

SEGUNDO. Recurso de casación.

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 10.1 de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI), en relación con los arts. 1, 5.1 y 18 del mismo texto legal, así como la jurisprudencia que los interpreta, contenida en las sentencias de 26 de octubre de 1992, 7 de junio de 1995, 24 de junio de 2004, 5 de abril de 2011 y 26 de abril de 2017, en relación con el requisito de la originalidad.

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia recurrida infringe esta doctrina porque no exige originalidad a la obra del demandante. El art. 10.1 LPI, cuando determina el objeto de la propiedad intelectual, se refiere a creaciones originales. En este caso faltaría originalidad porque la obra publicada en el repositorio de la Universidad por el Sr. Miguel Ángel "no supone novedad alguna en el campo de la ciencia jurídica, ni desde el punto de vista de su contenido, ni desde el de la expresión de las ideas".

Además, falta el requisito de la autoría, en cuanto que la parte copiada no es creación intelectual del demandante. Los párrafos que se afirma copiados no son creación suya, sino que le habían sido proporcionados por el Sr. Juan Enrique para dictar la conferencia de 2009, y luego fueron incorporados al trabajo que se dice copiado.

2. Desestimación del motivo. Al resolver este motivo hemos de partir de los hechos probados en la sentencia recurrida. Entre ellos consta acreditado que el Sr. Miguel Ángel publicó el trabajo de investigación "Las Leyes de Burgos, precedente del derecho internacional y del reconocimiento de los derechos humanos", en el repositorio de la biblioteca de la Universidad de Burgos, y que una parte de este

trabajo, en concreto de los epígrafes 2 y 3, apareció más tarde reproducida de forma prácticamente literal en dos publicaciones del Sr. Juan Enrique del año 2012 (el capítulo VI del "libro Leyes de Burgos de 1512 y centenario" y el artículo "Las Leyes de Burgos de 1512 y la doctrina jurídica de la conquista"). Esto es: está probado que el demandado Sr. Juan Enrique ha reproducido de forma casi literal una parte del trabajo publicado antes por el Sr. Miguel Ángel (los epígrafes 2 y 3).

Lo que objeta el demandado en su motivo de casación es que esta parte reproducida del trabajo del Sr. Miguel Ángel carecía de originalidad porque las ideas expuestas no eran una creación intelectual del Sr. Miguel Ángel, ya que le habían sido suministradas antes por el Sr. Juan Enrique; y, además, porque carecían de novedad tanto esas ideas, como su expresión.

3. El trabajo "Las Leyes de Burgos, precedente del derecho internacional y del reconocimiento de los derechos humanos", publicado por el Sr. Miguel Ángel en el repositorio de la biblioteca de la Universidad tendría la consideración de obra literaria científica, dentro del área de conocimiento de la Historia del Derecho. Es susceptible de generar derechos de propiedad intelectual en la medida en que se encuadra en el art. 10.1.a) LPI, que dispone lo siguiente:

"1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza".

Como recordamos en la sentencia 647/2012, de 8 de noviembre, "las creaciones científicas no son objeto de propiedad intelectual por razón de su contenido - ideas, procedimientos, sistemas, métodos operativos, conceptos, principios, descubrimientos...-ni de la formación o experiencia de quienes las realizan, impulsan o de los esfuerzos de quienes las financian, sino sólo por la forma literaria o artística de su expresión".

Es cierto que no cualquier texto escrito goza por sí solo de originalidad, pues se exige un mínimo de creatividad intelectual, de la que carecen, por ejemplo, lo "que es común e integra el acervo cultural generalizado o (...) los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos" (sentencia 12/1995, de 28 de enero); lo que "está anticipado y al

alcance de todos", por ser datos que constan "en registros fiscales, laborales, mercantiles o en las guías publicadas por Telefónica" (sentencia 886/1997, 17 octubre); o un juego promocional de periódicos "concebido mediante la numeración de las publicaciones y un sorteo para la determinación del ganador del premio" (sentencia 542/2004, de 24 de junio).

Pero esa exigencia de creatividad no justifica que, en un ámbito como el del presente recurso (estudios de Historia del Derecho), se asocie con el juicio que sobre la originalidad de las ideas expuestas pudieran hacer los conocedores de la materia, sino con la forma en que son expuestas. De tal modo que, al margen de que lo revelado en esos epígrafes 2 y 3 del trabajo del Sr. Miguel Ángel pudiera ser ya conocido en esa especialidad de la Historia del Derecho, lo verdaderamente relevante es que, sin perjuicio de las pertinentes citas de las fuentes de las que se tomó este conocimiento, la forma en que se expuso difería de lo ya existente y no constituía un lugar común.

En un caso como el presente en que la reproducción de los epígrafes se ha realizado de forma prácticamente literal, no cabe escudarse en que las ideas transmitidas constituirían un conocimiento común para negar originalidad a la obra parcialmente reproducida. El plagio se verifica con la reproducción literal del texto.

4. Es lógico que quien dirige un trabajo universitario de investigación en un programa de doctorado haya podido contribuir de alguna forma al trabajo elaborado por el alumno, por las ideas, orientaciones y sugerencias que le haya hecho en la dirección del trabajo. Pero esta labor de dirección no justifica por sí una presunción de que la autoría total o parcial del trabajo corresponde al director del trabajo de investigación, a menos que esas partes del trabajo ya estén publicadas antes por el director.

Además, el hecho de que las ideas trascritas en los epígrafes 2 y 3 del trabajo del Sr. Miguel Ángel provinieran de una previa conferencia impartida por este señor, a instancia del Sr. Juan Enrique, no prueba que hubieran sido transmitidas por este.

Por todo lo cual, procede desestimar el motivo y confirmar la sentencia de apelación».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3450/2016] DE 21 DE ENERO DE 2020 [Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán]**

*Responsabilidad civil del distribuidor por los daños causados por los productos defectuosos. El*

*suministrador debe ser considerado productor si no ha informado al perjudicado de la identidad del productor o de su propio suministrador dentro de un plazo de tres meses, que no puede empezar a contarse hasta que el perjudicado entra en contacto con el suministrador, haciéndole conocer los daños ocasionados como consecuencia del uso o consumo del producto.*

«El presente recurso versa sobre la interpretación y aplicación del art. 138.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

Como excepción a la regla general de que es el fabricante quien responde de los daños causados por productos defectuosos, el precepto imputa la responsabilidad al proveedor (suministrador o distribuidor) cuando el fabricante no puede ser identificado y el proveedor, dentro del plazo de tres meses, no indica al dañado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él el producto.

En el caso, el juzgado y la Audiencia han considerado probado que la prótesis era defectuosa, que por ese motivo hubo de retirarse con antelación, y que los daños sufridos por la actora fueron ocasionados por la deficiencia de la prótesis. En casación solo se plantea si debe responder el distribuidor de la prótesis por aplicación de lo dispuesto en el art. 138.2 TRLGDCU.

En las dos instancias ha sido condenada la empresa distribuidora de la prótesis, que es la recurrente en casación.

Tal y como han quedado acreditados en la instancia son antecedentes necesarios para la resolución del recurso los siguientes.

1.-El 14 de diciembre de 2009, la Sra. María Teresa se sometió a una intervención quirúrgica para la implantación de una prótesis de cadera metal-metal ASR.

En 2010, De Puy Orthopaedics INC emitió un comunicado a nivel mundial por el que anunció la retirada del mercado de las prótesis ASR y recomendó un control para asegurar que el reemplazo de cadera ASR estaba funcionando bien, aunque no hubiera síntomas, anunciando que asumiría los costes de los controles y tratamientos de los servicios médicos,

incluidas las operaciones quirúrgicas de las revisiones asociadas a la retirada. El 10 de septiembre de 2010, De Puy emitió un "aviso urgente de seguridad sobre el terreno", informó a los centros hospitalarios y cirujanos y envió una alerta de seguridad a la Agencia Española del Medicamentos y Productos Sanitarios. Las razones invocadas eran un aumento de las tasas de revisión compatibles con las descritas previamente para el sistema ASR y consistentes en aflojamiento y mala alineación de componentes, infección, fractura ósea, luxación, sensibilidad al metal y dolor.

El 6 de junio de 2011, la Sra. María Teresa se sometió a una nueva intervención quirúrgica para reemplazar la prótesis.

2.-El 21 de noviembre de 2011, D.ª María Teresa interpuso demanda contra "Johnson and Johnson y De Puy ambas con sede social en Paseo de las Doce Estrellas 5-7 de Madrid", contra el hospital en el que se practicó la implantación en 2009 y contra el cirujano que la llevó a cabo.

En el suplico de su demanda pedía, de una parte, la condena solidaria de J&J (en adelante, J&J) y De Puy al amparo de los arts. 128, 129, 130, 147, 148 TRLGDCU y arts. 1100, 1104, 1968.2 y 1902 CC y, de otra, la condena del centro hospitalario y del cirujano por falta de consentimiento informado.

En distintos momentos, la demandante desistió de su demanda, primero, frente al hospital, luego frente al cirujano (después del juicio oral), y finalmente frente a De Puy (que no contestó a la demanda), de modo que quedó como única demandada J&J.

Alegó que empezó a sentir molestias en marzo de 2011 y que, como consecuencia de que la prótesis era defectuosa, sufrió diversos daños y secuelas (altos niveles de metales en sangre, necrosis de tejidos, infección bacteriana, lesiones en la cadera, nueva intervención quirúrgica, gastos patrimoniales, etc.), por los que pedía una indemnización de 819.000 euros.

En su contestación a la demanda de 7 de marzo de 2013, J&J sostuvo que el producto no era defectuoso, que los daños alegados por la actora no procedían de defecto alguno de la prótesis, que los daños reclamados eran desproporcionados y, por lo que interesa a efectos de este recurso de casación, falta de legitimación pasiva. Señaló que la prótesis había sido fabricada por De Puy International Ltd., que la demanda se dirigió frente a "De Puy", nomenclatura

que se corresponde con una marca, pero no con una entidad o compañía, que la demandante conocía al fabricante del producto a la vista de la documental que aportaba, y que J&J no era la fabricante del producto sino únicamente su distribuidora. Razonó que, de acuerdo con el régimen legal de responsabilidad por productos, el distribuidor solo responde cuando el perjudicado no pueda identificar al fabricante (art. 138.2 TRLGDCU), por lo que J&J solo sería responsable si se hubiese acreditado un defecto en el producto y que lo puso en circulación a sabiendas de su carácter defectuoso (art. 146 TRLGDCU), lo que en el caso no había sucedido.

3.-El juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó a J&J a abonar a la actora 515.647,8 euros más intereses.

El juzgado consideró probado el carácter defectuoso de la prótesis y el nexo causal con los daños, que cifró en una cuantía inferior a la reclamada.

Por lo que aquí interesa, frente a la alegación de la demandada de falta de legitimación pasiva, el juzgado consideró que J&J debía responder porque:

"La identificación del fabricante que realiza la entidad demandada, además de estar falta de actividad probatoria, es absolutamente extemporánea, pues se realiza cuando han transcurrido más de tres meses desde las primeras reclamaciones dirigidas a la demandada, y se realiza en un momento procesal en el que está constituida la relación jurídico procesal para forzar al demandante a iniciar un nuevo procedimiento frente a De Puy Limited sin tener la seguridad de que sea realmente la entidad productora. Tiempo tuvo la demandada antes del inicio del procedimiento para aclarar con los perjudicados la verdadera identidad de la persona jurídica fabricante de la prótesis y tiempo tuvo de comunicar a la entidad fabricante, que pertenece al mismo grupo empresarial, la existencia de las reclamaciones para que esta negociase directamente con los perjudicados a fin de dar claridad al entramado societario en el que ahora pretenden ampararse".

Con cita de la doctrina de la STJUE de 2 de diciembre de 2009, asunto C-358/08, apoyó estas conclusiones, en síntesis, en las siguientes circunstancias del caso:

i) la demandante se dirigió de manera extrajudicial a De Puy y a J&J en el domicilio social de Johnson and Johnson S.A., y no consta que esta última contestara indicando con exactitud y precisión qué

entidad era la fabricante de las prótesis o su importadora, sino que, en apariencia, daba por válidas las reclamaciones que se le dirigían sin indicar su carácter de no fabricante; tampoco el despacho de abogados contratado para la tramitación de las reclamaciones aclara en ningún momento qué entidad es la fabricante de las prótesis;

ii) en toda la documentación aportada a las actuaciones relativa a los avisos de seguridad y a los protocolos de actuación se utiliza un anagrama o logo en el que pone con letras más grandes "De Puy" y debajo, en letras más pequeñas, la leyenda "companies of Johnson and Johnson" o "a Johnson & Johnson Company". En el documento de 10 de septiembre de 2010 ("aviso urgente de seguridad sobre el terreno") aparece el nombre De Puy International Ltd pero en ninguna parte del documento se dice que sea la entidad fabricante. En ese mismo documento se hace referencia a que De Puy Orthopaedics correrá con los gastos de seguimiento y tratamiento y se dice que De Puy Orthopaedics emitió un aviso de seguridad sobre el terreno en marzo de 2010. No hay ninguna prueba de que la entidad De Puy International Limited, entidad con sede social en Leeds, Inglaterra, sea la entidad que realmente fabrica las prótesis de cadera De Puy. En el procedimiento aparecen documentos relativos a la entidad De Puy Orthopaedics Inc., con personalidad jurídica propia, respecto de la que no se ha aclarado la relación que tiene con la fabricación de las prótesis, pero que aparece como la primera empresa en lanzar el aviso de seguridad y que se compromete a asumir los gastos de sustitución. Por ello, dada la confusión total que existe en el entramado societario De Puy y Johnson & Johnson, confusión que el representante de la demandada, que ha declarado en el acto del juicio, no ha sido capaz de clarificar, dado lo evasivo de sus respuestas, y, ante la ausencia de prueba al respecto, no podemos dar por acreditado que De Puy International Limited sea la fabricante de las prótesis;

iii) la demandada, tras aparentar que atendía las reclamaciones de los perjudicados y recibir sus comunicaciones, dándolas por válidas, sin indicar su carácter de no fabricante, haciéndoles creer que estaban bien planteadas, con el fin de dilatar las reclamaciones, de forma sorpresiva revela en su contestación a la demanda que no es el fabricante, cuando tenía esa información desde el primer momento, por ser empresas del mismo grupo societario.

4.-J&J interpuso recurso de apelación en el que, en síntesis, alegó:

i) error en la aplicación del derecho porque el juzgado permitió a la actora modificar la calidad en que demandaba a J&J después de que esta contestara a la demanda, por lo que solo contestó como distribuidora, y no como fabricante; explicó que en la audiencia previa la actora, que en su demanda se dirigió contra J&J S.A. como distribuidor, cambió su demanda y se dirigió contra ella como fabricante, y que tal cambio fue aceptado por el juzgado en su sentencia sobre la base errónea de que J&J es la representante del grupo J&J en España por el hecho de ser una filial; De Puy International y J&J son sociedades distintas y tienen personalidad jurídica diferente, aunque compartan matriz final;

ii) error en la valoración de la prueba, porque la sentencia entiende que J&J no ha acreditado que el fabricante sea De Puy;

iii) error en la aplicación del derecho, porque la sentencia condena por el art. 138 TRLGDCU, cuando no es esa la acción ejercitada y, además, no concurren sus presupuestos, pues la actora sabía quién era el fabricante al menos desde 2010 (doc. 11 de la demanda) y en todo caso desde 2011 (doc. 4 de la contestación) y, si no lo sabía, no es suficiente que formule meras reclamaciones al distribuidor, sino que debe preguntarle de forma expresa e indubitada por la identidad del fabricante;

iv) subsidiariamente alegó: que no se ha acreditado que la prótesis sea defectuosa y mucho menos que los daños padecidos por la actora sean consecuencia de la prótesis;

v) y, subsidiariamente a todo lo anterior, que el importe de la condena resulta injustificado.

5.-La Audiencia desestimó el recurso de apelación de J&J. Además de considerar que la prótesis era defectuosa y causante de los daños, por lo que interesa a efectos del presente recurso, la procedencia de la condena a J&J, la decisión de la Audiencia se basó en lo siguiente:

i) La sentencia no adolece de ninguno de los defectos procesales que se le achacan: no se alteró la causa de pedir, no hay incongruencia y no se ha generado indefensión para la demandada, que no objetó ni recurrió el sobreseimiento tras el desistimiento de la acción contra De Puy, el hospital y el cirujano; no se

condena a J&J como fabricante sino como distribuidor, de manera congruente con lo pedido en la demanda, que hacía expresa cita de los arts. 135 a 139 TRLGDCU y, de hecho, la demandada en su contestación se defendió analizando los arts. 138 y 146 TRLGDCU para demostrar que no debía ser condenada como distribuidor; que el juzgado no condena por identidad de personalidad o en condición del fabricante, sino por la falta de identificación del fabricante en el plazo de tres meses; la distribuidora contribuyó a mantener la confusión sobre qué sociedad era la fabricante, pues pese a las reclamaciones efectuadas por la demandante no comunicó quién era la fabricante hasta la contestación a la demanda; la referencia en la sentencia de primera instancia a la confusión existente entre las sociedades no es por identidad de personalidad o en condición de fabricante del producto defectuoso, sino que es a los solos efectos de analizar si la demandante podía identificar o no al fabricante para en este último caso analizar la prosperabilidad de la acción entablada frente a J&J como distribuidora al amparo del art. 138 TRLGDCU.

ii) La recurrente incurre en contradicción, pues de una parte reprocha a la sentencia que admitiera un cambio de acción porque la demanda iba dirigida contra ella como distribuidora y luego se le hizo responder como fabricante y, al mismo tiempo dice que la sentencia es incongruente por condenarle sobre la base del art. 138.2 TRLGDCU y no ser esa la acción ejercitada.

iii) La sentencia no condena a J&J por identidad de personalidad o en condición de fabricante, sino por no haber identificado al fabricante en el plazo a que se refiere el art. 138 TRLGDCU.

iv) La sala no comparte la afirmación de la recurrente de que la actora sabía, desde antes de la presentación de la demanda, quién era la empresa fabricante. Afirma la sentencia:

"De la documentación obrante en los autos, lo único que resulta es la total confusión existente sobre el particular, pues, como bien afirma la Juzgadora a quo, en los avisos de seguridad y en los protocolos de actuación, se utiliza un anagrama o logo en el que pone con letras grandes, "De Puy" y debajo, en letras más pequeñas la leyenda "Compañías of Johnson and Johnson" o "a Johnson and Johnson companie", siendo evidente que De Puy no es sino la referencia a una marca, y que, como resulta de los autos son muchas las empresas que en su denominación social hacen uso de la expresión De Puy, por ejemplo De Puy

Orthopaedics Inc, De Puy International Limited, De Puy Ibérica S.A., al parecer absorbida por Johnson and Johnson SA, todas ellas empresas filiales a Johnson and Johnson, que es la empresa matriz, como también lo es Johnson and Johnson SA, (documento n.º 2 de los de la demanda), y aunque es verdad que en el documento n.º 10 de los aportados con la demanda, y en el documento n.º 4 de los aportados con la contestación, fechado, parece, en 30 de mayo de 2011, al que hace referencia la parte apelante, aparece el nombre de De Puy Internacional LTD, en ninguna parte de los referidos documentos aparece que sea esta la empresa la fabricante del producto, indicándose, por demás, en el primero de los documentos referidos que De Puy Orthopaedics correrá con los gastos de seguimiento y tratamiento y se dice que De Puy Orthopaedics emitió un aviso de seguridad sobre el terreno en marzo de 2010; y el segundo documento referido, por su parte, hace referencia a la posible cesión de datos a otras empresas entre las que se cita a De Puy Orthopaedics Inc., De Warsaw, Indiana EE. UU, no refiriéndose en momento alguno dicho documento a que fuera De Puy Internacional Limited la empresa fabricante de la prótesis. Como bien confirma la Juzgadora a quo, en el procedimiento aparecen documentos que hacen referencia a la entidad De Puy Orthopaedics Inc, y a la entidad De Puy International Limited, pero ninguno de ellos permite conocer cuál de dichas entidades era la fabricante de la prótesis, siendo la primera entidad citada la que aparece como primera empresa que lanzó el aviso de seguridad y la que se comprometió a asumir los gastos de sustitución, no habiéndose acreditado qué relación tenía la misma con la fabricación de la prótesis.

"Por si lo expuesto fuera poco, fueron muchos los requerimientos extrajudiciales que dirigió la demandante y que tenían como destinatarios a Johnson and Johnson y De Puy, todos ellos dirigidos al domicilio social de Johnson and Johnson SA, sito en Paseo doce Estrellas 5-7 de Madrid, comunicaciones que fueron recogidas por la misma persona, si bien, la entidad hoy recurrente, en momento alguno se dirigió a la demandante para aclararle que estaba identificando incorrectamente a la mercantil fabricante del producto; el propio legal representante de Johnson and Johnson S.A. afirmó que existían infinidad de mercantiles con la denominación en sus nombres, y que todo ellas pertenecen a la misma empresa matriz, Johnson and Johnson, por lo tanto, ante la evidente confusión existente, la entidad hoy apelante, debió, ante los requerimientos que recibió

por parte de la demandante, haber procedido correctamente, identificando a la parte demandante, cuál era la empresa fabricante de la prótesis, deber que por demás le impone el artículo 138.2 del TRLGDCU, así como que el artículo 3, apartado 3 de la Directiva 85 /374.

"En definitiva, la confusión existente en el entramado del grupo Johnson and Johnson, como sociedad matriz, y la mercantil Johnson and Johnson SA, y todas las que con esa denominación llevan la expresión De Puy, como filiales de aquella, imponían a la entidad hoy apelante, a fin de quedar exonerada de responsabilidad, dado que el productor de la prótesis no podía ser identificado, el haber procedido a indicar a la Sra. María Teresa cuál era la empresa fabricante del producto, información de la que ciertamente debía disponer al pertenecer al mismo grupo societario.

"La primera identificación del fabricante de la prótesis que se acredita llevada a cabo por la entidad hoy apelante, es el escrito de contestación a la demanda, presentado el día 7 de marzo de 2013, en el cual se afirma que la prótesis que se implantó a la demandante fue fabricada por De Puy International Limited, pero esta identificación, como bien concluye la juzgadora a quo, no puede considerarse a los efectos de exoneración pretendidos al amparo del artículo 138.2 TRLGDCU, por resultar, notoriamente tardía, en la medida que el precepto exige la identificación dentro del plazo de tres meses y en los autos obra prueba que acredita que la asistencia letrada que designó la Sra. María Teresa , y que le asiste en la presente litis, se puso en contacto, tanto con la entidad hoy recurrente, como con la entidad que denominaba como De Puy, en el domicilio Social de la recurrente, sito en Madrid Paseo de las Doce Estrellas 5-7, como ya antes hemos referido, mediante remisión de burofax y carta certificada, todos ellos anteriores a la fecha de interposición de la demanda, en los cuales se hacían constar los problemas existentes con la prótesis que le fue implantada a la Sra. María Teresa, no constando que la entidad hoy recurrente, que recibió tales comunicaciones extrajudiciales, las contestase, ni se molestase en indicar cuál era la empresa fabricante de las prótesis o su importadora en España, jugando esa falta de respuesta, un papel que no contribuyó sino a generar mayor confusión, pues, al menos en apariencia, daba por válidas las comunicaciones que se le dirigían, sin indicar que ella no era fabricante de la prótesis y expresar la identidad de la empresa fabricante.

"Por tanto, cuando identifica a De Puy International Limited como fabricante de la prótesis en el escrito de contestación a la demanda, que es la primera identificación que al respecto realiza, es claro que dicha identificación es muy tardía y se lleva a cabo cuando está superado con creces el plazo de tres meses previsto en el artículo 138.2 del TRLGDCU.

"A los efectos que se pretenden por la recurrente, por otro lado, no cabe considerar el informe pericial adjuntado con la demanda, porque la pericial en cuestión en todo momento se refiere a la empresa De Puy, pero en ningún momento indica cuál de las empresas que en su denominación social contienen la referencia, que son muchas como expresamente reconoció el legal representante de la recurrente, y todas ellos filiales de Johnson and Johnson, era la empresa fabricante de la prótesis ASR XL.

"Por último es de señalar que resulta de plena aplicación al caso la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de diciembre de 2009, que cita la Juzgadora a quo, resolución esta que resolviendo una cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación de la Directiva relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, en un supuesto análogo al que nos ocupa, en el que el perjudicado lo era por una vacuna defectuosa fabricada en Francia y comercializada en Inglaterra, y dirigió reclamación frente a la entidad inglesa comercializadora, filial de la fabricante francesa, ante el desconocimiento de cuál era la sociedad que había fabricado la vacuna, señalando el referido Tribunal que el artículo 3, apartado 3 de la Directiva 85/374, debe interpretarse en el sentido de que cuando el perjudicado por un producto supuestamente defectuoso no pudo razonablemente identificar al productor de dicho producto antes de ejercitar sus derechos frente al suministrador del mismo, dicho suministrador debe ser considerado "productor" a efectos, en particular, de la aplicación del artículo 11 de dicha Directiva, si no comunicó al perjudicado, por iniciativa propia y de manera diligente, la identidad del productor o de su propio suministrador, extremo este que corresponde comprobar al Tribunal Nacional, habida cuenta de las circunstancias del caso; doctrina esta que; aplicada al caso que nos ocupa, no puede sino conducir, conforme a todo lo que se ha expuesto, a desestimar el motivo y, en definitiva a concluir la legitimación pasiva "ad causam" de la entidad recurrente,

concurriendo los presupuestos del artículo 138.2 del TRLGDCU, como bien concluye la juzgadora de instancia en la resolución apelada".

6.-J&J interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación.

7.-La recurrida invoca causas de inadmisibilidad a las que, por no ser absolutas, daremos respuesta al resolver los recursos.

SEGUNDO.-Recurso extraordinario por infracción procesal.

1.-Motivo y razones del recurso.

El recurso se funda en un único motivo en el que, al amparo del art. 469.1.3.º LEC, en relación con los arts. 400 y 412 LEC y la jurisprudencia que los desarrolla, se denuncia mutación de la "causa petendi" por el juez de instancia y refrendada por la Audiencia Provincial de Málaga. Argumenta que J&J fue demandada en calidad de distribuidor y no de fabricante, y que después de la contestación a la demanda en la audiencia previa la actora desistió contra De Puy y entonces se dirigió contra J&J como fabricante. Aduce que se ha generado indefensión porque únicamente pudo defenderse como distribuidor y reitera que la demandante conocía la identidad del fabricante, por lo que no procede la condena a la distribuidora conforme al art. 138.2 TRLGDCU y que esa no era la acción ejercitada.

Por las razones que se exponen a continuación el motivo va a ser desestimado.

2.-Desestimación del recurso.

2.1. El recurso adolece de defectos técnicos, pues acumula una variedad de reproches que debieran ser objeto de impugnación en motivos separados, conforme a sus correspondientes presupuestos. Como recuerda el auto de fecha 3 de abril de 2019, rec. 373/2017:

"Esta sala viene diciendo en sus autos (recursos 2412/2016, 4159/2016, 1028/2015) que el escrito de recurso debe estructurarse en motivos, y que tanto si se alega más de una infracción o vulneración de la misma naturaleza como si se alegan varias de distinta naturaleza, cada una de las infracciones debe ser formulada en un motivo distinto y todos ellos deben aparecer numerados correlativamente, sin que

puedan formularse submotivos dentro de cada motivo".

Así, junto a la denuncia de mutación de la acción ejercitada, la parte recurrente, sin denunciar por el cauce adecuado y de manera específica la errónea valoración de la prueba, con arreglo a los presupuestos y requisitos legales y jurisprudenciales para que tal motivo prospere, contradice la afirmación de la Audiencia (que expresamente manifestó que de la documentación aportada con la demanda no había quedado acreditado que la demandante conociera la identidad del fabricante), y analiza los documentos de los que resultaría, a su juicio, que la demandante sí conocía quién era fabricante. Por esta razón, concurre causa de inadmisión que por sí sola debería dar lugar en este momento procesal a la desestimación del recurso.

2.2. Por agotar la respuesta a las cuestiones suscitadas cabe añadir que la parte recurrente vuelve a plantear ahora los reproches que dirigió a la sentencia de primera instancia en su recurso de apelación y que fueron correctamente rechazados por la Audiencia.

Esta sala considera, al igual que entendió la Audiencia, que no ha habido cambio de acción, ni se ha modificado el objeto del proceso ni se ha producido indefensión.

Es doctrina reiterada, como recuerda la sentencia 485/2012, de 18 de julio, que:

"El ordenado desarrollo del proceso, unido a la necesidad de evitar la indefensión que podría provocar a la contraparte, es determinante de la prohibición de modificar lo que sea objeto del proceso una vez fijado en la demanda y en la contestación y, en su caso, en la reconvenición, a cuyo efecto el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe su alteración, de tal forma que, de acuerdo con los clásicos brocárdicos "lite pendente nihil innovetur" y "non mutatio libelli", no cabe posteriormente mutar la demanda (en este sentido, sentencia 345/2011, de 31 de mayo), afirmándose en la sentencia 499/2008, de 4 de junio que "su alegación posterior fuera de los escritos rectores, es extemporáneo y va contra los principios procesales de igualdad de armas, y desde luego, provoca una situación procesal anómala".

La demandada recurrente alega en su escrito que en la demanda en ningún momento se alegó desconocimiento de quién era el fabricante y si se desistió contra la fabricante De Puy fue porque con la

contestación de la demanda descubrió que tenía domicilio en Reino Unido lo que, según la recurrente, determinaría que debiera ser demandada en Reino Unido.

Por no ser necesario para resolver este recurso, no entramos a valorar la falta de exactitud de las afirmaciones referidas a la competencia judicial, para lo que hay que estar al Reglamento CE 44/2001, del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (sustituido, a partir de enero de 2015, por el Reglamento UE 1215/2012, de 12 de diciembre), que en su art. 5.3 ( art. 7.2 del Reglamento 1215/2012) permite demandar ante el tribunal en el que se hubiere producido el hecho dañoso, entendiendo por tal tanto el lugar donde se hubiere producido el daño como el lugar del hecho causal de ese daño, a elección del demandante (STJUE de 16 de enero de 2014, sala 4.ª, asunto C-45/13, con cita de otras anteriores).

Sí diremos, en cambio, que lo que la sentencia recurrida explica detalladamente, como resulta de lo expuesto en los antecedentes de esta sentencia, son las razones por las que considera que, en parte por el comportamiento de la ahora recurrente, la actora no sabía quién era la fabricante; la sentencia, además de la forma en que se identifica en la documental aportada a cada una de las empresas del grupo y la declaración del representante legal de la demandada, tiene en cuenta particularmente y valora que la demandante, con anterioridad a la interposición de la demanda, mantuvo conversaciones y negociaciones sobre la reparación de los daños con la demandada, que atendía en la misma dirección, y por la misma persona, las reclamaciones dirigidas contra J&J y De Puy, sin especificar.

Precisamente porque, como dice la propia recurrente, lo relevante es lo que se fijó en la demanda, debemos atender a la coherencia entre lo solicitado y lo decidido en la sentencia recurrida, por lo que carecen de interés las extensas alegaciones contenidas en el escrito del recurso acerca de lo que entendieron el juez de primera instancia y la sentencia recurrida sobre todo lo manifestado en la audiencia previa y cual debía ser, a juicio de la recurrente, lo que debió entenderse.

La demanda se dirigía contra "J&J y De Puy como fabricante y distribuidora de las prótesis respectivamente", y en los fundamentos jurídicos de su pretensión afirmaba: "Fondo de asunto. Artículo

135 Título II capítulo I del R.D. Protección de Consumidores y Usuarios 2007, de Responsabilidad Civil de Productos Defectuosos, que viene a establecer que los fabricantes y los importadores serán los responsables de los daños causados por los productos que respectivamente fabriquen o importen, en el caso que nos ocupa tanto De Puy como Johnson and Johnson tienen tal responsabilidad, de conformidad con los artículos 136, 137,138 de la citada norma, ya que así consta en el etiquetado y en las múltiples informaciones que se aportan en el cuerpo del presente escrito". En el suplico solicitaba: "Se declare la responsabilidad civil de los demandados de acuerdo con lo establecido en el Texto Refundido para la Defensa de Consumidores y Usuarios del 2007, arts. 128, 129, 130, 147 148 y de las dimanantes de los artículos 1100, 1104, 1968.2, 1902 del Código Civil, condenándose a indemnizar conjunta y solidariamente a las mercantiles Johnson and Johnson y al demandante por los daños y perjuicios sufridos cuantificados en la cantidad de total 819.609 euros, desglosada en el apartado séptimo del presente escrito".

Esta sala considera que, en atención al régimen de responsabilidad del distribuidor contemplado en el TRLGDCU, que hace responsable al proveedor de manera excepcional y subsidiaria, para el caso de que no identifique al fabricante en un plazo de tres meses, no hay alteración de la causa de pedir cuando se analiza y se estima la demanda interpuesta contra el distribuidor porque el demandante ha creído que fabricante y distribuidor eran la misma persona como consecuencia, en buena parte, del comportamiento observado por el propio distribuidor con anterioridad a la interposición de la demanda. Esto último lo ha declarado como hecho probado la sentencia recurrida, sin que la recurrente haya impugnado por el correspondiente motivo de infracción procesal, y conforme a sus presupuestos, errónea valoración de la prueba. Otra cosa es la valoración jurídica acerca de si concurren los presupuestos para la aplicación del art. 138.2 TRLGDCU, lo que es objeto de análisis y decisión en el recurso de casación.

Por lo demás, la demandada se defendió como distribuidor argumentando que la demandante sabía quién era el fabricante (y alegó que no se daban los presupuestos del art. 138.2 TRLGDCU, aunque paradójicamente también alega ahora que se le condenó al amparo del art. 138.2, que afirma no fue el fundamento de la demanda) y negando que ella hubiera suministrado el producto a sabiendas de que

era defectuoso. Pero la demandada también se defendió, conociendo que el incumplimiento de la carga de informar a la víctima da lugar a la asimilación del proveedor al fabricante, alegando que el producto no era defectuoso, que el aviso de seguridad emitido por el fabricante fue por precaución, no porque el producto fuera defectuoso, y que existen otras concausas que explican los daños padecidos. En definitiva, no ha habido indefensión.

Por todo ello, el motivo, y con él el recurso por infracción procesal se desestima.

TERCERO.-Recurso de casación.

1.-Motivo y razones del recurso.

El recurso se interpone al amparo del art. 477.2.3.º LEC y se funda en un único motivo en el que denuncia infracción del art 138.2 TRLGDCU. Para justificar el interés casacional alega la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales por lo que se refiere a la necesidad de requerimiento previo por parte del perjudicado para que el distribuidor identifique al fabricante.

En su desarrollo, la demandada recurrente explica que la Audiencia ha aplicado indebidamente el art. 138.2 TRLGDCU porque ha condenado a quien distribuye el producto, a pesar de que la actora identificó al fabricante al inicio del procedimiento, cuando demandó al fabricante, contra el que luego desistió. Tras reiterar los argumentos por los que considera que la actora conocía la identidad del fabricante, afirma que la interpretación correcta del art. 138.2 TRLGDCU es que la identificación por el productor a que se refiere el art. 138 debe ir siempre precedida de un requerimiento previo por parte del perjudicado.

2.-Cuestión jurídica planteada.

Aunque la recurrente comienza en su escrito haciendo supuesto de la cuestión, pues se aparta de los hechos probados en la instancia, plantea finalmente una cuestión jurídica en torno a la aplicación del art. 138.2 TRLGDCU, la necesidad de que la víctima requiera al proveedor solicitándole la identidad del fabricante.

La demandante ahora recurrida, además de manifestar causas de inadmisibilidad (a las que no es preciso dar respuesta por no ser de las absolutas, según la doctrina de la sala), y de oponerse al recurso de casación por razones de fondo, sugiere que, en el supuesto de que esta sala tenga dudas sobre la

aplicación del apartado 3, del art. 3 de la Directiva 85/374, proceda a elevar como cuestión prejudicial si es compatible con la jurisprudencia del TJUE exigir al perjudicado reclamante que haga requerimiento expreso de identificación del productor.

Puesto que se plantea una cuestión jurídica y se invoca el precepto pertinente sobre una materia sobre la que existen decisiones discrepantes de las Audiencias Provinciales, procede entrar en el fondo del asunto.

Para dar respuesta a la cuestión suscitada, esta sala no considera necesario plantear cuestión prejudicial, pues el TJUE ha sentado ya criterios de utilidad sobre el art. 3.3 de la Directiva 85/374 que serán tenidos en cuenta para resolver el recurso de casación.

Por lo que vamos a decir a continuación, a la vista de los hechos probados y del marco normativo aplicable, procede desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia recurrida.

3.-Desestimación del recurso.

3.1. Marco normativo. Responsabilidad del fabricante y del proveedor en el régimen de responsabilidad por productos defectuosos.

i) Partiendo de la existencia de una responsabilidad solidaria, la interpretación de las reglas generales de responsabilidad y de las contenidas en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, permitió en el pasado a las víctimas de productos defectuosos escoger contra qué sujeto de la cadena de elaboración y distribución del producto dirigían su reclamación.

Pero el Derecho vigente, de acuerdo con la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos, no establece la responsabilidad solidaria de fabricantes y distribuidores, sino que canaliza la responsabilidad por productos defectuosos al "productor" (en sentido amplio, comprensivo de los fabricantes e importadores en la Unión Europea, cuando el fabricante se encuentre fuera de la Unión Europea). Solo de modo subsidiario, y para el caso de que el productor no esté identificado, se considera al proveedor (suministrador, distribuidor) como productor, a menos que indique al dañado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado el producto a él.

Se trata de una opción de política legislativa justificada en dos órdenes de ideas. De una parte, que son los fabricantes quienes están en mejores condiciones para evitar y prevenir el carácter defectuoso de sus productos. De otra, que la responsabilidad de todos los sujetos de la cadena de elaboración y distribución encarecería el precio de los productos, tanto por la exigencia de multiplicación de los seguros como por el aumento de la litigiosidad como consecuencia del previsible ejercicio de acciones de repetición entre proveedores y productores.

Cierto que no es este el modelo generalizado en otros ordenamientos fuera de la Unión Europea, en los que se tiene en cuenta la mayor cercanía del distribuidor a la víctima y al perjudicado, ni tampoco el modelo que estaba en vigor en la mayoría de los ordenamientos nacionales europeos con anterioridad a la Directiva 85/374. Sin embargo, en los preceptivos informes de seguimiento elaborados por la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 85/374 se ha descartado modificarla para equiparar la responsabilidad del suministrador a la del fabricante. Se sigue considerando que la opción escogida cuando se aprobó la Directiva alcanza un equilibrio eficiente entre los intereses de los perjudicados y los productores en una materia que requiere una armonización completa en los países de la Unión Europea.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que es contraria a la Directiva 85/374 la norma estatal o la práctica jurisprudencial que establece la responsabilidad del distribuidor de un producto defectuoso en las mismas condiciones que la del productor. Se admite, en cambio, la compatibilidad de la norma comunitaria con las normas nacionales que imputan responsabilidad al distribuidor con arreglo a criterios de responsabilidad por culpa o a las tradicionales sobre responsabilidad por vicios. Así, en las sentencias de 25 de abril de 2002 (asunto C-52/2000), de 10 de enero de 2006 (asunto C-402/2003), y 5 de julio de 2007 (asunto C-327/2005).

ii) Como excepción a la regla general de la responsabilidad del productor, el art. 3.3 de la Directiva 85/374, y en nuestro Derecho interno, el art. 138.2 TRLGDCU, introducen una regla especial para el supuesto de que el productor, el fabricante por lo que interesa en este proceso, "no pueda ser identificado". En tal caso, el proveedor responderá como productor, como si fuera el fabricante.

Establece el art. 138.2 TRLGDCU:

"Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla se aplicará en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante".

Con alguna diferencia terminológica, esta regla se recogía con anterioridad en la Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que tuvo por objeto la adaptación al Derecho español de la Directiva 85/374, cuyo art. 3.3 dispone:

"Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del producto".

La finalidad del art. 3.3 de la Directiva 85/374 y del art. 138.2 TRLGDCU es facilitar la indemnidad de la víctima en el supuesto a que se refieren las normas, esto es, cuando "el productor no pueda ser identificado". Las normas presuponen que el suministrador puede fácilmente identificar al productor o a quien le suministró a él el producto y, de esta forma, imponen al suministrador la carga de proporcionar tal información a la víctima con el fin de que pueda dirigir su reclamación contra el productor. Así se explica fácilmente la consecuencia que tiene para el suministrador de un producto defectuoso que no informa a la víctima de la identidad del productor, a saber, la responsabilidad de ese suministrador como si fuera productor.

Esta regla presupone también que la víctima, o el perjudicado, no conocen quién es el productor, aunque ni el art. 3.3 de la Directiva 85/374 ni el art. 138.2 TRLGDCU precisan el grado de diligencia exigible a la víctima para identificarlo.

Atendiendo a la finalidad de la norma, debe entenderse que no es precisa una imposibilidad absoluta de identificación del productor, sino que, en función de las circunstancias del caso concreto,

bastará con que a la víctima no le resulte posible de una manera razonable identificar al productor. Estas circunstancias dependerán de cada caso, puesto que los supuestos por los que puede no estar identificado el productor son, de hecho, muy diferentes (el producto se comercializó a granel, se destruyó con el siniestro, existen complejos entramados societarios entre todas las empresas que intervienen en la producción y distribución de los productos, etc.).

En este sentido, la STJUE, Gran Sala, de 2 de diciembre de 2009, asunto C-358/08, en relación con el art. 3.3 de la Directiva 85/374, afirma:

"55. Como han señalado tanto la Comisión Europea como la Abogado General, en el punto 97 de sus conclusiones, esta disposición debe entenderse en el sentido de que se refiere a aquellos supuestos en los que, habida cuenta de las circunstancias del caso concreto, a la víctima del producto supuestamente defectuoso no le resultaba razonablemente posible identificar al productor de dicho producto antes de ejercitar sus derechos frente a su suministrador, extremo éste que, en el presente asunto incumbirá determinar, en su caso, al órgano jurisdiccional nacional".

La ley española, al igual que otras leyes europeas de transposición de la Directiva 85/374 (como la francesa, la portuguesa, la italiana o la sueca), ha concretado cuál es ese "plazo razonable" a que se refiere la Directiva y dentro del cual el suministrador debe identificar al fabricante para evitar quedar asimilado al régimen de responsabilidad objetiva del productor (en tres meses, en el caso del art. 138.2 TRLGDCU).

Aunque, a diferencia de lo que han hecho algunas de esas leyes nacionales de transposición, ni la Directiva ni la ley española exigen un requerimiento en forma determinada, es evidente que tal plazo no puede empezar a contarse hasta que el perjudicado entra en contacto con el suministrador, haciéndole conocer los daños ocasionados como consecuencia del uso o consumo del producto.

El Tribunal de Justicia, en su citada sentencia de 2 de diciembre de 2009, ha dejado claro que el suministrador no evita quedar asimilado al productor si se limita a afirmar que él no es el productor. Existe la obligación a cargo del suministrador de comunicar a la víctima o al perjudicado, por iniciativa propia y de manera diligente, la identidad del productor o de su propio suministrador:

"56. En tal supuesto, del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 85/374 se desprende que el suministrador debe ser considerado "productor" si no ha informado al perjudicado de la identidad del productor o de su propio suministrador dentro de un plazo de tiempo razonable.

"57. A este respecto, procede indicar, en primer lugar, que el mero hecho de que el suministrador del producto de que se trata niegue ser su productor, no basta, si no acompaña esta refutación de la información sobre la identidad del productor o de su propio suministrador el producto, para considerar que dicho suministrador ha proporcionado al perjudicado la información a que se refiere el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 85/374 ni, por tanto, para excluir que pueda ser considerado "productor" en virtud de esta disposición.

"58. A continuación, es preciso señalar que el requisito de proporcionar tal información en un "plazo razonable", en el sentido del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 85/374, implica la obligación, a cargo del suministrador demandado por un perjudicado, de comunicar a éste, por iniciativa propia y de manera diligente, la identidad del productor o de su propio suministrador.

"59. En el litigio principal incumbirá, en su caso, al órgano jurisdiccional nacional comprobar, a la vista de las circunstancias del asunto, si APMSD cumplió esta obligación o no, teniendo en cuenta, en especial, la circunstancia particular de que APMSD, como filial de APSA, al haber adquirido directamente de ésta la vacuna de que se trata, conocía necesariamente la identidad del productor de esta vacuna en el momento en que OB ejerció la acción judicial contra ella".

### 3.2. Aplicación al caso.

En el presente caso, partiendo de los hechos probados, la sentencia recurrida, al considerar que la empresa demandada debe responder de los daños sufridos por la demandante, ha interpretado y aplicado acertadamente el art. 138.2 TRLGDCU.

Las alegaciones de la recurrente solo podrían prosperar si se cambiasen los hechos probados.

Son hechos declarados probados, y que no han sido desvirtuados por la recurrente: que la demandante no conocía la identidad del fabricante como consecuencia de la confusión entre entidades que reflejaba toda la

documental existente; que la demandada, ante los requerimientos que recibió de la demandante no actuó correctamente, no indicó a la demandante cuál era la empresa fabricante de la prótesis, y contribuyó a mantener dicha confusión, dando por válidas las comunicaciones que se le hacían, sin indicar que no era la fabricante y expresar la identidad de quien lo era; que la demandada comunicó la identidad del fabricante al contestar a la demanda, cuando ya habían transcurrido tres meses desde que recibió la primera comunicación de la víctima.

A partir de los hechos probados en la instancia, esta sala considera que la distribuidora no cumplió diligentemente su obligación, pues debió informar a la demandante sobre la identidad del fabricante de la prótesis defectuosa dentro del plazo de tres meses desde que la demandante se dirigió a ella reclamándole por los daños sufridos. El argumento de la demandada ahora recurrente de que no lo hizo porque la demandante no se lo preguntó expresamente confirma que su modo de proceder no es conforme con la diligencia con la que debe actuar el suministrador para no quedar equiparado al productor a efectos de responsabilidad.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 138.2 TRLGDCU, la distribuidora debe responder con arreglo al régimen de responsabilidad por productos defectuosos.

Por todo lo anterior, el recurso es desestimado y se confirma la sentencia recurrida».