

## Jurisprudencia

### Reseña jurisprudencial e-Dictum 102

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

#### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

#### SENTENCIA DE LA SALA CUARTA DE 16 DE JULIO DE 2020 [Asuntos C-224/19 y C-259/19]

*Préstamo hipotecario contratado con consumidores: gastos de formalización y comisión de apertura: interpretación de los arts. 3, 4, 5, 6 y 7 de la Directiva 93/2013. La Directiva se opone a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos.- Conforme a la Directiva, las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. Las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de la Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.- Una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al*

*órgano jurisdiccional remitente.- La Directiva no se opone a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución.- Por último, el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales.*

«Los considerandos decimosexto, decimonoveno, vigésimo y vigesimocuarto de la Directiva 93/13 exponen:

«Considerando que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, en particular en las actividades profesionales de carácter público de prestación de servicios colectivos teniendo en cuenta una solidaridad entre usuarios, necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera

leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta;

[...]

Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio [...]

Considerando que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor;

[...]

Considerando que los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores».

El artículo 1 de la Directiva 93/13 establece:

«1. El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.»

A tenor del artículo 3, apartados 1 y 2, de esta Directiva:

«1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

[...]

El artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva dispone lo siguiente:

«La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del

contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.»

Con arreglo al artículo 5 de la misma Directiva:

«En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. [...]

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 dispone lo siguiente:

«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.»

El artículo 7, apartado 1, de esta Directiva tiene la siguiente redacción: «Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.»

Con arreglo al artículo 8 de la citada Directiva:

«Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.»

Derecho español:

Real Decreto 1426/1989:

La norma sexta del anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (BOE n.º 285, de 28 de noviembre de 1989, p. 37169), en su versión vigente en la fecha de los hechos de los litigios principales, dispone lo siguiente:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales [...]

Real Decreto 1427/1989:

La norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad (BOE n.º 285, de 28 de noviembre de 1989, p. 37171), en su versión vigente en la fecha de los hechos de los litigios principales, hace recaer la

obligación de pagar los derechos del registrador sobre «aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento», al solicitante del servicio de que se trate o a la persona a cuyo favor se inscriba el derecho o se solicite una certificación.

LCGC:

El artículo 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE n.º 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304), en su versión aplicable en la fecha en que se firmaron los contratos sobre los que versan los litigios principales (en lo sucesivo, «LCGC»), dispone lo siguiente: «No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: Las que 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, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

Las que 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.»

Con arreglo al artículo 8 de la LCGC: «1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor [...]».

Real Decreto-ley 6/2000:

El artículo 40 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (BOE n.º 151, de 24 de junio de 2000, p. 22440), en su versión vigente en la fecha en que se firmaron los contratos sobre los que versan los litigios principales, dispone lo siguiente: «Las entidades de crédito y las demás entidades financieras deberán hacer constar expresamente [...] el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca [...]».

Real Decreto Legislativo 1/2007:

El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el 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 (BOE n.º 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181; en lo sucesivo, «texto refundido de la LGDCU»), dispone, en su artículo 8, con la rúbrica «Derechos básicos de los consumidores y usuarios»:

«Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

[...]

b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

[...]

d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

[...]»

El artículo 60 del texto refundido de la LGDCU, titulado «Información previa al contrato», establece lo siguiente:

«1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:

a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.

[...]

c) El precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean

de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares.

[...]»

En virtud del artículo 80 del texto refundido de la LGDCU, con la rúbrica «Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente»:

«1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...] aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...].

Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. [...]

Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

[...]»

El artículo 82 del texto refundido de la LGDCU, con el título «Concepto de cláusulas abusivas», dispone lo siguiente:

«1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

[...] El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

[...]»

Con arreglo al artículo 83 del texto refundido de la LGDCU, con la rúbrica «Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato»:

«Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.»

El artículo 87 del texto refundido de la LGDCU, titulado «Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad», establece lo siguiente en su punto 5:

«Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

[...]

5. [...] cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

[...]»

Según el artículo 89 del texto refundido de la LGDCU, con la rúbrica «Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato»:

«En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: [...]

La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados. Los incrementos de precio por servicios accesorios [...] que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados [...].»

Ley 2/2009:

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (BOE n.º 79, de 1 de abril de 2009, p. 30843), dispone, en el apartado 1 de son artículo 5, con la rúbrica «Obligaciones de transparencia en relación con los precios»:

«Las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley [...] y en el [Real Decreto Legislativo 1/2007].

En las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor.»

LEC:

El artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE n.º 7, de 8 de enero de 2000, p. 575), en su versión vigente en la fecha en que se firmaron los contratos sobre los que versan los litigios principales (en lo sucesivo, «LEC»), dispone lo siguiente:

«1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

[...]

2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

[...]»

Código Civil:

El artículo 1303 del Código Civil establece:

«Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.»

Según el artículo 1964, apartado 2, del Código Civil:

«Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.»

El artículo 1969 del Código Civil dispone:

«El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.»

Orden sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito:

El punto quinto del capítulo 1 de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito (BOE n.º 303, de 19 de diciembre de 1989, p. 39289), en su versión vigente en la fecha en que se firmaron los contratos sobre los que versan los litigios principales, tiene la siguiente redacción:

«Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que estas fijen libremente.

[...]

En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos.»

Litigios principales y cuestiones prejudiciales:

Asunto C-224/19

El 16 de mayo de 2000, CY celebró con la entidad financiera Caixabank un contrato de préstamo con garantía hipotecaria otorgado ante notario por una cantidad inicial de 81 136,63 euros y que contemplaba el pago de intereses variables.

La cláusula cuarta de ese contrato impone al prestatario el pago de una «comisión de apertura». Esta cláusula tiene la siguiente redacción:

«Se estipulan, a favor de [Caixabank] y a cargo de la parte acreditada, las comisiones siguientes:

A) – Comisión de apertura sobre el límite total del crédito, a satisfacer en este acto y por una sola vez: uno por ciento, que asciende a la cantidad de ciento treinta y cinco mil pesetas (135 000), equivalentes a 811,37 euros.»

La cláusula quinta hace recaer sobre el prestatario el pago de todos los gastos de constitución y cancelación de hipoteca. Dicha cláusula dice textualmente:

«La parte acreditada asume el pago de los gastos de tasación del inmueble hipotecado, de todos los demás gastos y tributos derivados de esta escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, y de los originados por cuantos otorgamientos sean precisos para que este documento y el de su cancelación tengan acceso al Registro de la Propiedad incluso los causados por las cartas de pago, total o parcial de los créditos así como los honorarios de letrado y derechos de procurador en caso de reclamación judicial, aunque su intervención no fuere preceptiva.»

El 22 de marzo de 2018, CY presentó una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca solicitando, con fundamento en la normativa en materia de protección de los consumidores, la declaración de nulidad, por abusivas, de las cláusulas cuarta y quinta del contrato en cuestión (en lo sucesivo, «cláusulas controvertidas»), y la devolución de las cantidades íntegras satisfechas en aplicación de estas cláusulas. Por su parte, Caixabank invocó la plena validez de las cláusulas controvertidas. En el marco de este procedimiento, CY estimó necesario que el órgano jurisdiccional nacional planteara al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales relativas a las cláusulas controvertidas.

Por lo que se refiere a la cláusula relativa a los gastos hipotecarios, el órgano jurisdiccional remitente destaca que la jurisprudencia española considera, mayoritariamente, que ese tipo de cláusulas son abusivas y, por lo tanto, nulas. No obstante, ese órgano jurisdiccional señala que los tribunales nacionales han dictado resoluciones diferentes y contradictorias en cuanto a los efectos de esa nulidad que colocan a los consumidores y a las entidades

financieras en una situación de inseguridad jurídica. En este sentido, ese mismo órgano jurisdiccional da cuenta de diferentes prácticas jurisprudenciales que, a su juicio, «moderan» los efectos restitutorios de la declaración de nulidad y se plantea la cuestión de si estas son compatibles con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esta.

Por lo que respecta a la cláusula que impone una comisión de apertura, el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca indica que las Audiencias Provinciales coincidían en declarar su carácter abusivo en atención al hecho de que tal comisión no se corresponde con ningún servicio o gasto real y efectivo. No obstante, el Tribunal Supremo había corregido recientemente esta línea jurisprudencial, al considerar que la comisión de apertura, en cuanto parte del objeto principal de un contrato de préstamo, debía quedar sustraída del control de su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de la fundamentación del Tribunal Supremo y se pregunta también si incide en la respuesta a esta cuestión el hecho de que el Reino de España no ha transpuesto dicho artículo 4 de la Directiva 93/13 al Derecho español para garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, de conformidad con el artículo 8 de esta Directiva.

En estas circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes trece cuestiones prejudiciales:

«1) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula que atribuye la totalidad de los gastos de formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario puede ser moderada en cuanto a sus efectos restitutorios tras su declaración de nulidad por abusiva.

Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, una jurisprudencia nacional que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye la integridad de los gastos de formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario, deben distribuirse por mitad entre prestamista y prestatario los gastos de notaría y gestoría, puede considerarse una moderación judicial de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva y por tanto resulta contraria al principio de no vinculación contenido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13.

Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, una jurisprudencia nacional que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye la integridad de los gastos de formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario deben imponerse igualmente al prestatario el abono de los gastos de tasación del inmueble y el impuesto que grava la constitución de hipoteca derivados de la formalización del préstamo, consiste en una quiebra del principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula, y, si resulta contraria al artículo 3.2 de la Directiva 93/13 la atribución al prestatario de la carga de probar que no se le permitió aportar su propia tasación del inmueble.

Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, resultaría contraria una jurisprudencia nacional que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye todos los gastos de constitución, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario, puede seguir surtiendo efectos para el prestatario cuando realiza novaciones modificativas o cancela la hipoteca, en el sentido de tener que seguir abonando los gastos derivados de tal modificación o cancelación de la hipoteca, y si la atribución de esos gastos al prestatario supone una quiebra del principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula.

Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1, en relación con el artículo 7.1, de la Directiva. 93/13, [...] una jurisprudencia nacional que excluye parcialmente el efecto restitutorio de la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos de la formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria, ser[ía] contrari[a] al efecto disuasorio frente al empresario consagrado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13.

Se cuestiona si a la vista del principio de no moderación de las cláusulas declaradas nulas establecido en la jurisprudencia del TJUE, y a la vista del principio de no vinculación del artículo 6 de la Directiva, puede resultar contraria una jurisprudencia nacional que modera los efectos restitutorios tras la declaración de nulidad de una cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos de formalización, novación o cancelación, amparándose en el interés del prestatario.

Se cuestiona si a la vista del artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 93/13, una jurisprudencia nacional que establece que la cláusula denominada comisión de apertura supera automáticamente el control de transparencia, puede suponer una quiebra del

principio de inversión de la carga de la prueba establecido en el artículo 3.2 de la Directiva, no teniendo que probar el profesional que ha proporcionado información previa y negociación individual de la misma.

Se cuestiona si resulta contrario al artículo 3 de la Directiva 93/13 y a la Jurisprudencia del TJUE que una jurisprudencia nacional pueda considerar que un consumidor debe conocer per se que es una práctica habitual de las entidades financieras la de cobrar una comisión de apertura; y por lo tanto, no sea necesario que el prestamista deba realizar prueba alguna para acreditar que la cláusula fue negociada individualmente, o si por el contrario, en cualquier caso, debe el prestamista acreditar que la misma fue negociada individualmente.

Se cuestiona si a la vista de los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13 y [de] la jurisprudencia del TJUE, puede ser contraria a dicha Directiva una jurisprudencia nacional que establece que la cláusula denominada comisión de apertura no puede ser analizada en cuanto a su carácter abusivo por aplicación del artículo 4.2 por referirse a la definición del objeto principal del contrato, o por el contrario debe entenderse que tal comisión de apertura no supone parte del precio del contrato sino una retribución accesoria, y por lo tanto debe permitir al juez nacional el control de transparencia y/o de contenido para determinar así su abusividad con arreglo al derecho nacional.

Se cuestiona si, a la vista del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 no transpuest[o] por la LCGC al ordenamiento jurídico español, resulta contrari[o] al artículo 8 de la Directiva 93/13 que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4.2 de la misma cuando tal disposición no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, incluso si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible, si se considerara que una cláusula denominada comisión de apertura constituyera el objeto principal del contrato de préstamo.

Se cuestiona si a la vista del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, la cláusula denominada comisión de apertura, cuando esta no haya sido negociada individualmente y no se acredite por la entidad financiera que responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del

contrato, debiendo ser declarada nula por el juez nacional.

Se cuestiona si, a la vista del artículo 6.1 en relación con el artículo 7.1, de la Directiva 93/13, la condena en costas al profesional, derivada de un procedimiento en el que se ejercitan por un consumidor acciones de nulidad de cláusulas abusivas insertas en un contrato celebrado con este, y se obtiene dicha declaración de nulidad por abusividad por parte de los Tribunales, debe ir aparejada al principio de no vinculación y al principio de efecto disuasorio al profesional, cuando estas acciones de nulidad sean estimadas por el juez nacional, con independencia de la restitución concreta de cantidades a que la sentencia condene, al entender además, que la pretensión principal es la declaración de nulidad de la cláusula y que la restitución de cantidades es solo una pretensión accesoria inherente a la anterior.

Se cuestiona si a la vista del principio de no vinculación y del principio del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 (art. 6.1 y 7.1), los efectos restitutorios derivados de una declaración de nulidad por abusiva de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional pueden ser limitados en el tiempo mediante la apreciación de la excepción de prescripción de la acción de restitución de cantidad, aunque la acción de nulidad radical que declare la abusividad de la cláusula sea imprescriptible conforme a la legislación nacional.»

#### Asunto C-259/19

El 1 de julio de 2011, LG y PK celebraron con la entidad financiera Banco Bilbao Vizcaya Argentaria un contrato de préstamo hipotecario que incluía una cláusula que estipulaba, según el órgano jurisdiccional remitente, que todos los gastos de formalización y cancelación de la hipoteca correrían a cargo del prestatario.

Los demandantes en el litigio principal presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta una demanda solicitando que se declarara la nulidad, por abusiva, de dicha cláusula.

Por motivos sustancialmente análogos a los de la petición de decisión prejudicial en el asunto C-224/19, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Si, de conformidad con la Directiva 93/13[...], y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que la desarrolla, es ajustado al Derecho de la Unión: el fijar como criterio inequívoco el Tribunal Supremo en sus sentencias 44 a

49 de 23.01.2019 la determinación según la cual en los contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija que todos los gastos de constitución de la operación de préstamo hipotecario deban repercutirse sobre la persona del prestatario, y con distribución de los diferentes conceptos que se integran en dicha cláusula abusiva y declarada nula, entre la entidad bancaria predisponente y el consumidor prestatario, con el fin de limitar la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por aplicación de la legislación nacional.

2) Y si, de conformidad con la Directiva 93/13[...], y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que la desarrolla, es ajustado al Derecho de la Unión que por el Tribunal Supremo se lleve a cabo una interpretación integradora de una cláusula nula por abusiva cuando la supresión de la misma y los efectos dimanantes de esta no afectan a la subsistencia del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.»

Sobre las cuestiones prejudiciales:

Sobre la admisibilidad:

Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta en el asunto C-224/19:

El Gobierno Español sostiene que el Tribunal de Justicia carece de competencia para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta en el asunto C-224/19, ya que se refieren a la cuestión de identificar a quién incumbe el pago de determinados gastos con arreglo a la legislación nacional vigente, lo cual, a su juicio, es una cuestión de interpretación y de aplicación del Derecho nacional que escapa, como tal, a la facultad de apreciación del Tribunal de Justicia según reiterada jurisprudencia (sentencia de 21 de octubre de 2010, Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, apartado 22).

A este respecto, debe señalarse que, según esta jurisprudencia, en el marco del examen de una remisión prejudicial, el Tribunal de Justicia debe tener en cuenta el contexto fáctico y normativo en el que se inscriben las cuestiones prejudiciales, tal como lo define la resolución de remisión. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia no es competente para conocer de la cuestión de si es correcta la interpretación que el órgano jurisdiccional remitente hace de las normas nacionales.

Por el contrario, cuando las cuestiones planteadas versan sobre la interpretación del Derecho de la Unión, en principio el Tribunal de Justicia está obligado a pronunciarse (sentencia de 21 de octubre

de 2010, Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, apartado 21 y jurisprudencia citada).

Pues bien, de las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta se desprende claramente que se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la interpretación del artículo 3, apartado 2, y del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. Más concretamente, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si estas disposiciones deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un determinado criterio jurisprudencial nacional. De ello se sigue que no se ha solicitado en ningún momento al Tribunal de Justicia que interprete el Derecho nacional.

Resulta de las anteriores consideraciones que las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta en el asunto C-224/19 son admisibles.

Sobre la admisibilidad de la duodécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19:

Caixabank cuestiona la admisibilidad de la duodécima cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19, así como la competencia del Tribunal de Justicia para dar una respuesta a la misma alegando, por una parte, que el órgano jurisdiccional remitente no ha indicado los elementos pertinentes para responder a esta cuestión, esto es, las normas nacionales relativas a la condena en costas y la medida en la que estas normas pueden vulnerar los derechos que la Directiva 93/13 garantiza a los consumidores y, por otra parte, que las normas nacionales en materia de costas se enmarcan en la esfera de las competencias de los Estados miembros.

Ahora bien, aunque el órgano jurisdiccional remitente no haya, en efecto, indicado la disposición de Derecho español que regula el reparto de las costas en el litigio principal, el Gobierno Español indicó en sus observaciones escritas que se trataba del artículo 394 de la LEC y reprodujo la redacción de esta disposición, de forma que el Tribunal de Justicia dispone de los elementos necesarios para pronunciarse sobre la duodécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19. Asimismo, en la medida en que esta cuestión prejudicial no se refiere a la interpretación o la aplicación del artículo 394 de la LEC, sino, fundamentalmente, a la cuestión de si el artículo 6, apartado 1, o el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación de una disposición como el artículo 394 de la LEC en las circunstancias que concurren en el litigio principal en el asunto C-224/19, el Tribunal de Justicia es competente para responder a ella.

Sobre el fondo:

Con carácter preliminar, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, en el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde a este último proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, corresponde al Tribunal de Justicia reformular en su caso las cuestiones prejudiciales que se le han planteado (sentencia de 7 de agosto de 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, apartado 34).

Asimismo, la circunstancia de que un órgano jurisdiccional nacional, en el plano formal, haya formulado su petición de decisión prejudicial refiriéndose a determinadas disposiciones del Derecho de la Unión no impide que el Tribunal de Justicia le proporcione todos los elementos de interpretación que puedan permitirle resolver el asunto de que conoce, aun cuando no haya hecho referencia a ellos al redactar sus cuestiones. A este respecto, corresponde al Tribunal de Justicia deducir del conjunto de elementos aportados por el órgano jurisdiccional nacional y, especialmente, de la motivación de la resolución de remisión, los elementos de Derecho de la Unión que requieren una interpretación, habida cuenta del objeto del litigio (sentencia de 29 de septiembre de 2016, Essent Belgium, C-492/14, EU:C:2016:732, apartado 43 y jurisprudencia citada).

Procede agrupar las quince cuestiones prejudiciales planteadas en los dos asuntos acumulados en cinco partes; esto es, la primera, relativa a la cláusula correspondiente a los gastos de constitución y cancelación de hipoteca; la segunda, relativa a la cláusula que impone una comisión de apertura; la tercera, relativa al eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de tal cláusula; la cuarta, relativa a la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva, y la quinta, relativa al régimen nacional de distribución de las costas en el marco de las acciones de nulidad de las cláusulas abusivas.

Sobre las cuestiones prejudiciales primera a sexta en el asunto C-224/19 y las dos cuestiones prejudiciales en el asunto C-259/19, relativas a los efectos de la nulidad de la cláusula que estipula los gastos de constitución y cancelación de hipoteca:

Mediante estas cuestiones prejudiciales, los órganos jurisdiccionales remitentes preguntan, fundamentalmente, si el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben

interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de dicha cláusula.

A este respecto, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, una vez que se declara el carácter abusivo de una cláusula y, por lo tanto, su nulidad, el juez nacional debe, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, dejar sin aplicación esta cláusula con el fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, salvo si este se opone a ello (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 52 y jurisprudencia citada).

De lo anterior se sigue que al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 60).

En consecuencia, debe considerarse que, en principio, una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 61).

De este modo, el Tribunal de Justicia ha considerado que el juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho interno, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor (sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 49). En particular, la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes

(sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 62).

Una vez recordadas estas consideraciones, procede asimismo señalar que el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes. Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales primera a sexta en el asunto C-224/19 y a las dos cuestiones prejudiciales en el asunto C-259/19 que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos.

Sobre las cuestiones prejudiciales séptima a décima en el asunto C-224/19, relativas al control del carácter abusivo y de la transparencia de la cláusula que impone el pago de una comisión de apertura:

Mediante estas cuestiones, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional que excluye la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura por la razón de que tal comisión es un elemento del precio del contrato en el sentido del artículo 4, apartado 2, de esta Directiva, y que al mismo tiempo considera que tal cláusula cumple por sí misma la exigencia de transparencia que impone esta última disposición.

Procede observar con carácter preliminar que, en el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente ha planteado las cuestiones prejudiciales séptima a décima partiendo de la premisa de que no se ha

transpuesto el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español.

Ahora bien, para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas, no es necesario pronunciarse sobre la transposición efectiva del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 42).

En efecto, por una parte, debe recordarse que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, puesto en relación con su artículo 8, permite, no obstante, a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 45).

Más concretamente, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 se limita a enunciar que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

De este modo, en el asunto objeto del litigio principal, solo es posible limitar, con arreglo al citado artículo 4, apartado 2, el control del carácter abusivo de la cláusula que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura cuando esta cláusula se refiera a alguno de los dos aspectos antes mencionados.

A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto (sentencias de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 35 y 36, y jurisprudencia citada, y de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 32).

Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un componente esencial del contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 33 y jurisprudencia citada).

No obstante, para orientar al juez nacional en su apreciación, resulta oportuno precisar que el alcance exacto de los conceptos de «objeto principal» y de «precio», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no puede establecerse mediante el concepto de «coste total del crédito para el consumidor», en el sentido del artículo 3, letra g), de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DOL 133, p. 66) (sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 47). Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este.

Además, del tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 resulta que la segunda categoría de cláusulas cuyo eventual carácter abusivo queda excluido de la apreciación tiene un alcance reducido, ya que solo abarca la adecuación entre el precio o la retribución previstos y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, exclusión que se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación. Por tanto, las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagar a este último el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartados 34 y 35, y jurisprudencia citada).

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que la exigencia de redacción clara y comprensible que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de esa Directiva y aun cuando el Estado

miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 46).

Por el contrario, dado que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referente, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia debe entenderse de manera extensiva, esto es, en el sentido de que no solo impone que la cláusula en cuestión sea comprensible para el consumidor en un plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 70 a 73; de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 37, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 43).

El carácter claro y comprensible de la cláusula objeto del litigio principal debe ser examinado por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre los que se cuenta la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 75; de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 46 y 47, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 46).

De ello se sigue que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y el artículo 5 de esta se oponen a una jurisprudencia según la cual una cláusula contractual se considera en sí misma transparente, sin que sea necesario llevar a cabo un examen como el descrito en el anterior apartado.

En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (véase, por analogía, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matej, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 77), y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato.

Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales séptima a décima que el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

Sobre la undécima cuestión prejudicial, relativa a un eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de una cláusula que impone el pago de una comisión de apertura:

Mediante su undécima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente en el asunto C-224/19 pregunta, fundamentalmente, si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan

del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido.

A este respecto, es preciso comenzar señalando que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva» al que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de dicha Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia debe limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que este debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 47 y jurisprudencia citada).

En lo que se refiere al cumplimiento de las exigencias de la buena fe, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de esta, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 50).

En cuanto al examen de la existencia de un posible desequilibrio importante, el Tribunal de Justicia ha declarado que este puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 51).

Además, del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 se desprende que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás

cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 52).

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar a la luz de estos criterios el eventual carácter abusivo de la cláusula sobre la que versa el litigio principal.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, tal como se desprende de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, según la Ley 2/2009, las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. De ello se sigue que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen estos requisitos en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que realice el órgano jurisdiccional remitente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante, contrariamente a las exigencias de la buena fe.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a la undécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19 que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente.

Sobre la decimotercera cuestión prejudicial en el asunto C-224/19, relativa a la limitación de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva mediante el establecimiento de un plazo de prescripción:

Mediante la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19, que procede examinar antes de la duodécima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una jurisprudencia nacional que prevé que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula

contractual abusiva queden sometidos a un plazo de prescripción, aunque, en virtud de la legislación nacional, la acción para declarar la nulidad absoluta de una cláusula contractual abusiva sea imprescriptible.

A este respecto, debe recordarse que la protección que la Directiva otorga a los consumidores se opone a una normativa interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor (sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, EU:C:2002:705, apartado 38).

No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 68) y que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 41, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 69).

A este respecto, debe señalarse que, a falta de normativa específica de la Unión en la materia, las condiciones en las que se preste la protección de los consumidores prevista en el artículo 6, apartado 1, y en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos. No obstante, estas condiciones no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, apartado 24 y jurisprudencia citada).

De lo anterior se sigue que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

Por lo que se refiere, más concretamente, al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que cada caso en el que se plantee la cuestión de si

una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios en los que se basa el sistema judicial nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (sentencia de 26 de junio de 2019, Addiko Bank, C-407/18, EU:C:2019:537, apartado 48 y jurisprudencia citada).

En el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente indica que se plantea la eventual aplicación del plazo de prescripción de cinco años establecido en el artículo 1964, apartado 2, del Código Civil a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva de un contrato de préstamo hipotecario.

Dado que plazos de prescripción de tres años (sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C-542/08, EU:C:2010:193, apartado 28) o de dos años (sentencia de 15 de diciembre de 2011, Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10, EU:C:2011:844, apartado 25) han sido considerados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conformes con el principio de efectividad, debe considerarse que un plazo de prescripción de cinco años aplicable a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva no parece, en principio y sin perjuicio de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los elementos mencionados en el anterior apartado 85, que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13.

El órgano jurisdiccional remitente alberga también dudas, en esencia, acerca de si es compatible con el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica, una jurisprudencia nacional con arreglo a la cual el plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva comienza a correr a partir de la celebración del contrato que contiene esta cláusula.

Del auto de remisión se desprende que este plazo, fijado en el artículo 1964, apartado 2, del Código Civil, parece empezar a correr a partir de la conclusión de un contrato de préstamo hipotecario que contiene una cláusula abusiva, extremo este cuya

comprobación, no obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

A este respecto, procede tener en cuenta la circunstancia de que es posible que los consumidores ignoren que una cláusula incluida en un contrato de préstamo hipotecario sea abusiva o no perciban la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, apartado 69).

Pues bien, la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato —con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula—, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica.

Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19 que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución.

Sobre la duodécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19, relativa a la compatibilidad del régimen legal de distribución de las costas con la Directiva 93/13:

Mediante su duodécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo.

En efecto, resulta de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia que la aplicación del artículo 394 de la LEC podría tener el efecto de que no se condenara al profesional al pago íntegro de las costas cuando se estime plenamente la acción de nulidad de una cláusula contractual abusiva ejercitada por un consumidor, pero solo se estime parcialmente la acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de esta cláusula.

A este respecto, resulta de la jurisprudencia mencionada en el anterior apartado 83 que la distribución de las costas de un proceso judicial sustanciado ante los órganos jurisdiccionales pertenece a la esfera de la autonomía procesal de los Estados miembros, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

En este sentido, es preciso señalar que de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia no se desprende en modo alguno que el referido artículo se aplique de manera diferente en función de que sea el Derecho de la Unión o el Derecho interno el que confiera el derecho en cuestión. No obstante, es necesario pronunciarse sobre la cuestión de si es compatible con el principio de efectividad el hecho de hacer que recaigan sobre el consumidor las costas de un procedimiento dependiendo de las cantidades que se le restituyen, aunque se haya estimado su pretensión en relación con el carácter abusivo de la cláusula impugnada.

Por lo que se refiere a la cuestión del respeto del principio de efectividad, esta debe apreciarse habida cuenta de los elementos recordados en el anterior apartado 85.

En este caso, la Directiva 93/13 reconoce al consumidor el derecho de acudir a un juez para que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual y para que se deje sin aplicar. Pues bien, condicionar el resultado de la distribución de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, apartado 69).

Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, procede responder a la duodécima cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19 que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas

procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales».

## TRIBUNAL SUPREMO

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 4443/2017] DE 15 DE JULIO DE 2020 [Ponente: Juan María Díaz Fraile]

*Contratación bancaria.- Las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas. En consecuencia, en los contratos con adherentes profesionales no cabe realizar control de abusividad ni de transparencia.-Las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio. Desde esta perspectiva hay que diferenciar entre la previsión contractual de la comisión, por un lado, y su devengo y cobro en caso de realizarse efectivamente el servicio o abonarse los gastos repercutidos, por otro.- Comisiones por descubierto o excedido en cuenta y comisiones por reclamación de descubierto o posiciones deudoras vencidas. Las primeras retribuyen la facilidad crediticia que concede la entidad a su cliente. Las segundas retribuyen el coste de las gestiones que efectúa la entidad para recuperar el impagado. Mientras que la comisión de descubierto tiene una finalidad retributiva de un servicio que se presta por el banco al cliente deudor, que en la práctica supone una nueva concesión de crédito, los intereses de demora tienen una finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios causados por la morosidad o incumplimiento de la obligación de pago del cliente. Por tanto, las cantidades en que se concrete la concesión de nuevo crédito en que consiste el descubierto tácito en cuenta, no pueden generar, durante el periodo de tiempo a que estén sujetos a su*

*retribución mediante liquidaciones periódicas de comisiones de descubierto, el devengo de intereses moratorios, pues tales cantidades de sobregiro o excedidas del saldo disponible, voluntariamente cargadas en cuenta por el acreedor, constituyen nuevo crédito, sujeto a la regulación contractual, no un inexistente crédito anterior vencido y exigible.*

«D.ª Ana María interpuso una demanda de juicio ordinario ejercitando una acción para que se declarase la nulidad por abusividad, o alternativamente por falta de causa, de las comisiones por descubierto o excedido ("liquidación del contrato") y de las comisiones por reclamación de descubierto o posiciones deudoras vencidas ("gastos de reclamación saldo deudor"), y se condene a la demandada por aplicación del art 1303 del CC a la devolución o la restitución de cuantas cantidades hubiera percibido o hayan sido abonadas por tales conceptos, más el intereses legal y las costas.

La demandante es titular de una cuenta bancaria abierta en la entidad demandada. En dicha cuenta se cargaron, entre agosto de 2.006 y julio de 2.016, diversas cantidades en concepto de comisiones por reclamación de descubierto y de comisiones por descubiertos o excedidos.

2.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. Argumentó, resumidamente, lo siguiente: (i) la actora no ha cuantificado su reclamación, a pesar de que podía haberlo, pues del extracto bancario aportado, en relación con el periodo citado, resultan datos suficientes para ello, atendiendo a los cargos, conceptos y cantidades que constan en los apuntes contables; así, hechas las sumas por cargo de "liquidación de cuenta" el importe asciende a la cantidad total de 244,87 euros; (ii) según la normativa bancaria aplicable en materia de comisiones, estas se fijarán libremente, siempre que las comisiones o gastos respondan a servicios aceptados o solicitados en firme por el cliente y respondan a servicios efectivamente prestados o gastos repercutidos; (iii) en este caso se cumplen estos requisitos, pues se acredita que el cobro de dichas liquidaciones corresponde con un previo descubierto de la actora y que ante los cargos que se le hacían en la cuenta sin tener saldo suficiente, estos no han sido devueltos sino que se han hecho a favor de la actora y a cargo de la demandada, adelantando el importe aun cuando no hubiera saldo, quedando un descubierto por la diferencia; (iv) en consecuencia sí se ha prestado un servicio de préstamo real ante dicho descubierto, por lo que se

desestima la pretensión de anular por abusividad o falta de causa dichas comisiones de descubierto; (v) en cuanto a la previsión contractual sobre las comisiones por reclamación de descubierto (o posiciones deudoras vencidas), cumple también los citados requisitos legales, pues se devengan como consecuencia de que ante un incumplimiento por parte del cliente se cobra como servicio las gestiones que tenga que hacer el banco, no siendo abusivo el hecho de estipular un importe fijo por tal concepto (39 euros en este caso), como sucede con otras muchas tarifas; (vi) dicha comisión, según el pacto, sólo se devenga cuando se produzca la correspondiente gestión solicitando la regularización del pago, por lo que no se aprecia su abusividad; (vii) en este caso la empleada de la demandada ha manifestado que se llamaba por teléfono a la demandante o se le enviaban cartas para reclamar el pago de lo adeudado, si bien no hay constancia documental de tales gestiones respecto cada comisión que se cobró por este concepto, ni existe registro informático que deje constancia de las reclamaciones efectuadas; (viii) la actora no detalla en su demanda qué cargos por estas comisiones considera que carecen de causa justificativa; el importe total de las comisiones cobradas por este concepto asciende, según los extractos aportados, a 381 euros, correspondientes a 11 apuntes contables, siendo la solicitud de la actora una petición de condena genérica, sin fijar bases para la reclamación, lo que infringe el art. 219.3 LEC.

3.- Recurrida la sentencia por la demandante, la Audiencia Provincial desestimó la apelación y confirmó la sentencia de primera instancia. Además de lo argumentado por esta, la Audiencia añade que: (i) hay que partir de las características del contrato objeto de la litis, la denominada "cuenta 1/2/3 Pymes" que, según el documento acompañado junto con la demanda, "está dirigida a Pymes [...] para el ejercicio de su actividad profesional"; (ii) en consecuencia, la actora carece de la condición de consumidor conforme el concepto normativo del art. 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; (iii) por ello sólo puede invocar la regla contenida en el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que se limita en la práctica a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva del Código Civil; (iv) en cuanto a las comisiones por descubierto o excedido (liquidación del contrato), que aparecen fijadas en el contrato en el 5%, entiende que vienen a suplir a los intereses moratorios aplicados a la operación financiera, sin que

del historial de la cuenta aportado con la demanda se aprecie duplicidad por ambos conceptos.

4.- La Sra. Ana María ha interpuesto contra la sentencia de la Audiencia un recurso de casación, articulado en dos motivos, que han sido admitidos.

SEGUNDO. - Recurso de casación. Formulación del primer motivo.

1.- El primer motivo, formulado al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, se funda en la infracción del artículo 1.303 del C.C., en relación con el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993.

2.- En el desarrollo del motivo se alega la vulneración de la doctrina recogida en la Sentencia del Pleno de esta Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 265/2015 de 22 de abril de 2015, al considerar que las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad radical o de invalidez de las cláusulas abusiva de los contratos son inherentes y van inseparablemente unidas a dicha declaración de nulidad, como una consecuencia lógica y jurídica, insoslayable, siendo aplicables incluso de oficio, sin necesidad de petición expresa, pues operan como efecto "ex lege", por el ministerio de la ley, al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez, y que la privación de cualquier efecto a la cláusula abusiva es exigencia de normas como los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva que protegen un interés público de notoria importancia.

Igualmente, se argumenta que la sentencia recurrida impide la efectividad del Derecho de la Unión, ya que se vulnera la doctrina recogida en la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 993/2011 de 16 de enero de 2012, que considera jurídicamente posible y aceptable derivar a ejecución de sentencia, o incluso a otro proceso distinto, los problemas relacionados con la cuantificación de los importes que deben ser restituidos como consecuencia del pronunciamiento de condena, toda vez que dejar al justiciable sin el derecho a la indemnización afecta al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva y a la prohibición de la indefensión, al no ser aceptable el rechazo de la indemnización por falta de cuantificación expresa o por falta de instrumento procesal idóneo para la cuantificación, haya habido o no, determinación previa de bases.

TERCERO. - Decisión de la Sala. Cuestión previa: la falta de la condición de consumidor de la demandante.

1.- Entre los elementos fácticos fijados en la instancia, que en sede casacional deben respetarse, se incluye la afirmación de la Audiencia sobre la modalidad del contrato en que figuran las cláusulas sobre comisiones cuya declaración de nulidad pretende la

demandante/recurrente. En concreto se trata de una cuenta bancaria de las denominadas "cuenta 1/2/3 Pymes", que "está dirigida a Pymes [...] para el ejercicio de su actividad profesional". Sobre esta base concluye la Audiencia que la actora carece de la condición de consumidor conforme el concepto normativo del art. 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2.- La anterior afirmación no es combatida en el recurso ahora enjuiciado, a pesar de lo cual, el recurrente, obviando por completo tal obstáculo, funda este motivo en la infracción del art. 1.303 CC "en relación con el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993", preceptos que se basan en el previo control de abusividad de las cláusulas de los contratos con consumidores. Control que en nuestro ordenamiento interno imponen los arts. 82.1 y 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, conforme a los cuales se considerarán abusivas y, por tanto, son nulas y se tendrán por no puestas, las estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Preceptos que no son aplicables a los contratos en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor.

3.- Como dijimos en la sentencia 227/2015, de 30 de abril, nuestro ordenamiento jurídico establece un régimen diferente del control de contenido de las condiciones generales según que el adherente tenga o no la condición de consumidor, de forma que la nulidad por abusivas responde no al régimen general de las condiciones generales de la contratación, sino al específico de las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos celebrados con consumidores. Añadimos en la citada sentencia que: "las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC".

En definitiva, en los contratos con adherentes profesionales no cabe realizar el control de abusividad

- tampoco el de transparencia - (sentencias de esta sala 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; y 57/2017, de 30 de enero).

4.- En consecuencia, en la contestación al motivo no podremos partir de la consideración de consumidor de la recurrente, en ausencia de la cual deja de ser aplicable al presente caso el régimen de la Directiva 93/13, de 5 de abril, y sus arts. 6 y 7, así como las normas que la han incorporado al ordenamiento español.

La consecuencia de ello es que decaen todas las alegaciones basadas en los principios de efectividad del Derecho de la Unión Europea y de no vinculación de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores, así como en el criterio del control judicial de oficio de tales cláusulas y su vinculación con la tutela judicial efectiva, que devienen igualmente inaplicables.

Queda por analizar este primer motivo desde la perspectiva de la eventual infracción del art. 1303 CC, cuya vulneración denuncia en relación con la cláusula del contrato relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras y respecto del cobro de determinadas cantidades a su amparo.

CUARTO. - Comisión por reclamación de descubiertos o posiciones deudoras. Legislación aplicable. El diferimiento de la cuantificación de la reclamación al momento de la ejecución de sentencia.

1.- La legislación financiera contiene normas de transparencia destinadas a la protección del cliente de los servicios bancarios, más allá de la legislación general de defensa de los consumidores, que se han venido desplegando a través del desarrollo del art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Este precepto, respondiendo a la citada finalidad, y sin perjuicio de la libertad de contratación, facultó al Ministerio de Economía para dictar las normas necesarias para dotar de transparencia las relaciones entre las entidades de crédito y sus clientes.

Al amparo de la citada norma, del art. 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, se dictó la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Bajo el amparo de las referidas normas legales, la normativa bancaria básica sobre comisiones está constituida por la citada Orden EHA/2899/2011, junto con la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de

junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (actualmente Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera). A su vez, el art. 1.4 de la Ley 16/2009 (actualmente el art. 2.3 del RDL 19/2018) deja a salvo lo previsto en la legislación sobre contratos de crédito al consumo (actualmente integrada por la Ley 16/2011, de 24 de junio).

2.- Conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio.

Además, en concreto respecto de la comisión por reclamación de posiciones deudoras, que compensa a la entidad por las gestiones realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente, como declaramos en la sentencia 566/2019, de 25 de octubre, según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2018), para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos: (i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; (ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones; (iii) su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales; y (iv) no puede aplicarse de manera automática.

3.- Desde esta perspectiva hay que diferenciar entre la previsión contractual de la comisión, por un lado, y su devengo y cobro en caso de realizarse efectivamente el servicio o abonarse los gastos repercutidos, por otro. En el caso objeto de este procedimiento, las sentencias de ambas instancias concluyen afirmando la validez de la cláusula, pues dicha comisión, según el pacto, sólo se devenga cuando se produzca la correspondiente gestión solicitando la regularización

del pago, por lo que no son automáticas, y están fijadas en un importe único, sin tarifas porcentuales.

Ahora bien, en cuanto al devengo efectivo, afirma la Audiencia que no ha resultado acreditada documentalmente la realización de las gestiones de reclamación de los descubiertos y/o posiciones deudoras correspondientes a los 11 apuntes contables, que totalizan la cantidad de 381 euros. A pesar de ello confirma la decisión del juzgado de primera instancia y desestima la demanda, porque la actora se limitó a formular en el escrito rector del procedimiento una petición de condena genérica, aunque contaba con los elementos necesarios para cuantificarla, al disponer del historial completo de los movimientos de la cuenta bancaria, por lo que entiende infringido el art. 219 LEC.

4.- En recurrente no ha formulado recurso extraordinario de infracción procesal en relación con una supuesta aplicación indebida de este precepto procesal, y en el presente motivo lo que denuncia es la infracción del art. 1303 CC, precepto que tiene por objeto regular los efectos restitutorios de la nulidad contractual, nulidad que en este caso ha sido descartada al declararse la validez de la cláusula contractual, no sus presupuestos, y que carece de virtualidad para enervar la eficacia procesal propia de aquel precepto de la ley de enjuiciamiento, sin que esta Sala pueda suplir la actividad de las partes ni integrar sus escritos impugnatorios.

Por lo demás, las razones en que abunda el recurso relativas al principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y al principio de no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas de los contratos, derivados de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, no pueden prosperar, pues, sin necesidad de entrar en su análisis pormenorizado, dichos preceptos, según dijimos, resultan inaplicables al presente caso al no tener la demandante la condición legal de consumidora.

5.- En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

QUINTO. - Formulación del segundo motivo.

1.- El segundo motivo de casación, planteado al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, denuncia la infracción de artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección al cliente de servicios bancarios, y la vulneración de la doctrina recogida en las sentencias de esta sala núm. 584/2008 de 23 de junio del 2008, y núm. 669/2001 de 28 de junio del 2001, que consideran, en todo caso, que (i) las comisiones bancarias, deben tener una justificación autónoma, ya que, únicamente se pueden repercutir comisiones bancarias por servicios efectivamente prestados o por gastos que la entidad

bancaria haya tenido que soportar y sean imputables al cliente; y que (ii) son los intereses de demora pactados en contrato y no las comisiones por descubierto o excedido, las que vienen a resarcir a la entidad bancaria por el incumplimiento o retraso del deudor en las obligaciones de pago contraídas.

2.- En el desarrollo de este segundo motivo argumenta la parte recurrente, en síntesis, que: (i) la sentencia impugnada no aplica la normativa citada y se opone a la jurisprudencia reseñada; (ii) la resolución recurrida confunde la ausencia de duplicidad en el cobro con la falta de reciprocidad, aduciendo que no resulta acreditado que de manera cumulativa al cobro de comisiones se repercutan también intereses de demora al cliente, sin exigir una justificación objetiva del devengo de la citada comisión que sólo puede responder a un servicio prestado o a un gasto que la entidad bancaria haya tenido que soportar adicionalmente; (iii) la sentencia recurrida equipara erróneamente intereses de demora con comisiones por descubierto, no siendo equivalentes, pues el ordenamiento jurídico únicamente reconoce la función indemnizatoria por el incumplimiento de la obligación de pago a los intereses de demora; (iv) la falta de causa sobreviene por no corresponder la comisión de descubierto a ningún servicio efectivo y por su incompatibilidad para sancionar el impago, función que corresponde exclusivamente a los intereses de demora.

Esta Sala ha resuelto una cuestión sustancialmente igual que la que se plantea en este motivo del recurso en la reciente sentencia 176/2020, de 13 de marzo, sin que concurren razones para que nos apartemos de la doctrina allí fijada, que procede mantener.

SEXTO. - Decisión de la sala. La comisión por descubierto o excedido en cuenta. Falta de duplicidad con los intereses de demora. Desestimación.

1.- La comisión de descubierto o excedido en cuenta.

En cuanto a la comisión de descubierto o excedido en cuenta, es necesario comenzar analizando el contenido del servicio a que se refiere. Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2018), el descubierto en cuenta corriente supone, en la práctica bancaria, una "facilidad crediticia concedida por las entidades para permitir que se atiendan pagos autorizados contra las cuentas de sus clientes por encima de los saldos contables de estas". Es decir, tales pagos se cargan en la cuenta a pesar de que el saldo no sea suficiente.

Esta figura o servicio bancario constituye una operación de crédito que ya había sido reconocida como tal por la jurisprudencia y la legislación con anterioridad al inicio del periodo de tiempo a que se

refieren los hechos de este litigio (años 2006-2016). La sentencia de esta sala núm. 682/1994, de 11 de julio, citando la anterior de 25 de noviembre de 1989, afirmó:

"en el contrato de cuenta corriente bancaria el límite cuantitativo de las órdenes de pago viene dado por la cifra del "Haber" del cliente en el momento de la orden, y [...] cuando, de acuerdo con una práctica bancaria habitual, el Banco [...] permite libramientos de cheques por cuantía superior al expresado límite de la cuenta corriente respectiva, ello implica una concesión encubierta de crédito bajo la forma de descubiertos, de acuerdo con el artículo 4.º de la Orden 17 enero 1981, sobre "liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo" que dispone que "los descubiertos en cuenta corriente o excedidos en cuenta de crédito se considerarán operaciones de crédito a todos los efectos".

Y por tal razón la citada sentencia consideró que al permitir la entidad de crédito descubiertos por encima del "haber" de la cuenta corriente lo que hacía en realidad era "conceder un crédito por dicho exceso".

2.- Este específico servicio bancario se encuentra no sólo reconocido jurisprudencialmente, sino también tipificado normativamente en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que se refiere al mismo en su art. 4.1 en los siguientes términos:

"Se entiende que hay posibilidad de descubierto en aquel contrato de crédito explícito mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo en la cuenta a la vista del consumidor. [...]"

A continuación, el mismo artículo, en su apartado 2, se refiere a la figura del "descubierto tácito" definiéndolo como "aquel descubierto aceptado tácitamente mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo de la cuenta a la vista del consumidor o la posibilidad de descubierto convenida".

Junto a dicha figura se encuentra otra próxima pero diferente cual es la del "excedido tácito", que es, según el apartado 3 del mismo artículo, aquél "excedido aceptado tácitamente mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el límite pactado en la cuenta de crédito del consumidor". Facilidad crediticia que, como señala el Banco de España, en una cuenta de crédito representa la cantidad por principal de la que dispone el acreditado, con autorización de la entidad, fuera de los límites del crédito y durante su vigencia, por lo que no puede considerarse como excedido el

principal del crédito una vez vencido este, ni las cantidades por intereses moratorios o convencionales que se acumulen al principal.

3.- La regulación de la concreta figura del "descubierto tácito", descubierto que es el que ha generado las comisiones objeto de este litigio, se contiene específicamente en el art. 20 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, del que, en lo que ahora interesa, resulta: (i) que entre la información que el prestamista debe proporcionar al consumidor (en caso de "descubierto tácito importante") figura la relativa a "las posibles penalizaciones, gastos o intereses de demora aplicables" - art. 20.3, d) -; y (ii) que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero - art. 20.4 -. A su vez, para calcular la tasa anual equivalente se determinará el coste total del crédito para el consumidor, exceptuando los gastos que haya de pagar por el incumplimiento de sus obligaciones (art. 32.2 LCCC), coste total que incluye todos los gastos que supone para el consumidor, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos (art. 6, a).

4.- Esta regulación es coherente con el art. 315 del Código de comercio que, tras referirse a la libre determinación del interés del préstamo, añade en su párrafo segundo que "Se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor". Concepto amplio de retribución o contraprestación que igualmente se percibe en las previsiones que para los descubiertos tácitos en cuentas bancarias se incluyen en el art. 4.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y en el punto 1.1.3 del anejo 4 de la Circular del Banco de España 5/2012, según los cuales las entidades que permitan descubiertos tácitos deberán publicar las comisiones, tipos de interés o recargos aplicables (los cuales tendrán el carácter de máximos, sin perjuicio de los inferiores que se hayan fijado contractualmente).

5.- Por su parte, el Banco de España en su Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2018, reflejando lo que resulta del conjunto normativo reseñado, se refiere a la licitud y límites de los intereses y comisiones por descubierto, y afirma:

"Una vez admitida por la entidad la apertura del descubierto, está en su legítimo derecho de exigir el pago de los intereses y de las comisiones estipuladas en el contrato de la cuenta corriente para saldos deudores, con las limitaciones establecidas por la Ley. Así, la LCCC establece en su artículo 20.4 que en

ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos -tácitos- en cuenta corriente a la vista de consumidores un tipo de interés que dé lugar a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero".

En relación específicamente con la comisión de descubierto en cuenta corriente, partiendo de que supone, como se ha señalado, una "facilidad crediticia" (operación de crédito) al admitir cargos en descubierto, el Banco de España afirma:

"[...] como contraprestación, las entidades perciben una comisión que, generalmente, se aplica sobre el descubierto mayor de todo el período de liquidación. Dicha comisión, que es incompatible con cualquier comisión de apertura o similares en los descubiertos en cuenta corriente, no es aplicable en los descubiertos por valoración, ni más de una vez, aunque se generen varios descubiertos dentro de un mismo período de liquidación. En cualquier caso, será preciso que esta comisión venga recogida en el contrato de la cuenta afectada. Además, ha de tenerse en consideración que la entidad debe comunicar el detalle de la liquidación efectuada en la cuenta corriente, mediante la entrega del correspondiente documento de liquidación de la cuenta, con la periodicidad pactada".

6.- Se trata de una comisión distinta a la comisión por reclamación de posiciones deudoras (sentencia 566/2019, de 25 de octubre), pues cada una de ellas retribuye servicios distintos. La referida Memoria del Banco de España deslinda ambas comisiones y servicios:

"mientras que la comisión de reclamación de posiciones deudoras retribuye el coste de las gestiones que efectúa la entidad para recuperar el impagado, la comisión de descubierto retribuye la facilidad crediticia que concede la entidad a su cliente. La comisión por la apertura de descubierto debe ser tenida en cuenta en el cómputo del límite máximo establecido en la LCCC para el descubierto tácito en cuenta a la vista de consumidores, al que se ha hecho referencia anteriormente (art. 20.4 de la LCCC)".

7.- De todo lo antes dicho, en lo que aquí interesa, resulta que: (i) el descubierto tácito en cuenta es un servicio bancario consistente en la concesión de una facilidad crediticia (crédito cfr. art. 20.4 LCCC) al titular de la cuenta mediante la autorización de cargos que exceden el importe del saldo disponible; (ii) dicho servicio bancario puede ser retribuido mediante una contraprestación, que puede revestir la forma de intereses o comisiones por descubierto; (iii) las citadas comisiones resultan válidas y lícitas siempre que, además de cumplirse con los correspondiente deberes

de información: a) respeten el límite máximo equivalente a una tasa anual equivalente (TAE) superior a 2,5 veces el interés legal del dinero (incluidos los conceptos previstos en el art. 32.2 LCCC, en los casos en que resulta aplicable); b) no se aplique adicionalmente a dicho límite una comisión de apertura en los descubiertos (esta comisión debe computarse conjuntamente con la de descubierto para respetar su límite); y c) no sea aplicable más de una vez en cada periodo de liquidación, aunque se generen varios descubiertos dentro de un mismo período.

8.- Intereses de demora. Distinción respecto de la comisión de descubierto.

Concepto distinto de la comisión por descubierto es el de los intereses de demora, que responden a caracteres y finalidades distintas. La comisión de descubierto, como hemos visto, tiene una finalidad retributiva de un servicio que se presta por el banco al cliente deudor, que en la práctica supone una nueva concesión de crédito. No hay aquí un incumplimiento o una mora del deudor, pues la autorización por la entidad financiera del cargo en descubierto (sobregiro sobre el saldo disponible de la cuenta), bien por domiciliación de recibos, emisión de cheques con cargo a la cuenta, disposiciones o reintegros de efectivo a través de cajeros, u otros actos de disposición de dinero, constituyen, por el importe del exceso sobre el saldo disponible, una facilidad crediticia concedida voluntariamente por el banco, lo que da lugar al nacimiento de la obligación de su restitución y del pago de la correspondiente contraprestación en forma generalmente de comisión, que se liquidará periódicamente en los términos contractualmente previstos, dentro de los límites legales.

9.- Diversamente los intereses de demora tienen una finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios causados por la morosidad o incumplimiento de la obligación de pago del cliente, conforme a los arts. 1.101 y 1.108 CC. Así lo declaramos en la sentencia 669/2001, de 28 de junio, citada por el recurrente: "la función de los intereses de demora es la indemnizatoria de daños y perjuicios, imputable al incumplimiento o retardo en el cumplimiento de su obligación y viene determinada por el abono de los pactados y, en su defecto, del interés legal".

Más recientemente hemos reiterado esta finalidad indemnizatoria, y disuasoria, de los intereses de demora, en función del tiempo transcurrido hasta el efectivo pago, en las sentencias 265/2015, de 22 de abril y 705/2015, de 23 de diciembre:

"Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a

disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones"

10.- Por tanto, las cantidades en que se concrete la concesión de nuevo crédito en que consiste el descubierto tácito en cuenta, no pueden generar, durante el periodo de tiempo a que estén sujetos a su retribución mediante liquidaciones periódicas de comisiones de descubierto, el devengo de intereses moratorios, pues tales cantidades de sobregiro o excedidas del saldo disponible, voluntariamente cargadas en cuenta por el acreedor, constituyen nuevo crédito, sujeto a la regulación contractual aplicable como *lex privata* (art. 1.091 CC), no un inexistente crédito anterior vencido y exigible.

Esta imposibilidad legal de duplicidad o solapamiento de gravamen de unas mismas cantidades y por unos mismos periodos de tiempo mediante la aplicación o devengo simultáneo de intereses de demora y de comisión de descubierto, responde a un criterio general que proscribiera sujetar un mismo servicio a un doble gravamen retributivo, redundante por carecer de una correlativa doble contraprestación ( STS 176/2020, de 13 de marzo, y SSTJUE de 3 de octubre de 2019 -asunto C-621/17, Gyula Kiss-, y de 26 de febrero de 2015 -asunto C-143/13, Matei-).

Conforme al art. 1101 CC, la mora del deudor generará los correspondientes intereses moratorios, al tratarse de deuda dineraria, pero la comisión no se incluye en dicha previsión legal, puesto que no retribuye la simple morosidad, ya que en tal caso sería redundante con los intereses de demora (produciéndose el solapamiento que hemos visto que el TJUE considera ilícito), sino unos servicios que hay que justificar (art. 87.5 TRLGCU respecto del cobro de servicios no prestados).

11.- Distinto es que en los casos en que se produzca un incumplimiento por incurrir el deudor en situación de mora (cosa que por definición no ocurre cuando el acreedor autoriza voluntariamente el cargo en descubierto), se pacte una cláusula penal. Como declaramos en la sentencia 556/2019, de 25 de octubre:

"Conforme al art. 1152 CC, la cláusula penal sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, siempre y cuando no se haya pactado de forma expresa que el acreedor pueda exigirlos además de la pena (sentencia 126/2017, de 24 de febrero). Por lo que puede tener una función resarcitoria del daño causado al acreedor

por el incumplimiento, sustitutoria de la indemnización, o bien puramente punitiva, desligada de todo propósito resarcitorio (sentencia 74/2018, de 14 de febrero)".

Ese doble carácter resarcitorio o punitivo se refleja también en algunas de las disposiciones de la Unión Europea, como el art. 28.2 y 3 de la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento y del Consejo, de 4, de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

De ahí que el art. 20.3, d) LCCC prevea en los casos de descubierto tácito la posibilidad de devengar "penalizaciones, gastos o intereses de demora" (previsión paralela a la contenida en el art. 18.2 - "rebasamientos"- de la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008).

12.- El caso objeto de la presente litis. Existencia del servicio de descubierto, devengo de la comisión de descubierto e inexistencia de intereses de demora.

En el caso objeto del presente pleito, conforme a la valoración probatoria hecha en las instancias, no se ha producido la duplicidad proscribida del devengo simultáneo y para unas mismas cantidades de intereses de demora y de comisión por descubierto, tal y como afirma la Audiencia.

Igualmente resulta de la prueba practicada que el descubierto tácito (servicio de concesión de facilidad crediticia en los términos en que lo hemos descrito) ha sido real y efectivamente prestado durante un amplio periodo de tiempo (entre 2006 y 2016). Como se afirma en la sentencia de primera instancia y acepta la recurrida:

"En el presente caso, se acredita que el cobro de dichas liquidaciones corresponde con un previo descubierto de la actora y que ante los cargos que se le hacían en la cuenta sin tener saldo suficiente, los mismos no han sido devueltos, sino que se han hecho a favor de la actora y a cargo de la demandada adelantando el importe aun cuando no hubiera saldo quedando un descubierto por la diferencia, motivo por el cual sí se ha prestado un servicio de préstamo real ante dicho descubierto; por otro lado del extracto se deduce [...]"

Por tanto, el servicio se produjo, y hubo reciprocidad entre la prestación de los servicios citados y la comisión devengada y cargada. Además, dicha comisión se fijó en el contrato en atención al importe de los descubiertos, con el resultado de cantidades fluctuantes en función de dichos excedidos durante los sucesivos periodos de liquidación (si bien de la prueba obrante en las actuaciones se desprende que se

cobraron cantidades inferiores a las resultantes de las previsiones contractuales), y no constan incumplidos los límites cuantitativos contractuales y legales, incluso tomando como referencia los fijados para el caso de los contratos con consumidores (2,5 veces el interés legal del dinero que impone el art. 20.4 LCCC). Por tanto, estamos en presencia de un contrato oneroso con causa existente y lícita (concesión del crédito en que consiste el descubierto para el deudor y cobro de la comisión para el acreedor), conforme a los arts. 1.274 y 1.275 CC.

13.- Finalmente, las dos sentencias de esta Sala citadas como infringidas en el motivo (669/2001, de 28 de junio, y 584/2008, de 23 de junio), la primera sobre si los intereses de demora son reclamables en ausencia de pacto y la segunda sobre la repercusión de gastos por devolución de efectos, no guardan relación con la ratio decidendi de la resolución recurrida.

14.- Como consecuencia de todo ello el recurso de casación debe ser desestimado».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3099/2017] DE 20 DE JULIO DE 2020 [Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán]

*Responsabilidad civil del fabricante por los daños causados por los productos defectuosos: atribución de la responsabilidad cuando fabricante y distribuidor, siendo personas jurídicas diferentes, pertenecen al mismo grupo de empresas. La propia regulación establece una solución que permite solventar el problema de la posible confusión entre la empresa matriz y sus filiales, al imponer la responsabilidad al distribuidor como si fuera fabricante cuando no identifica al fabricante o no lo hace por iniciativa propia y de manera diligente. Resulta innecesario entonces acudir a la doctrina del levantamiento del velo, pues es la ley la que de manera expresa ofrece una solución cuando concurren los presupuestos que se establecen. Así, en el supuesto de que la distribuidora remita un burofax informando de quién es la empresa fabricante cuando el perjudicado se dirige a ella reclamándole por los daños, no procede ya valorar si fabricante y distribuidora se amparan en la existencia del grupo societario para no identificar al fabricante real del producto.*

«En el presente litigio se plantea como cuestión jurídica quién responde en el ámbito del derecho derivado de la Directiva 85/374/CEE, sobre responsabilidad por los daños causados por productos,

cuando productor y distribuidor pertenecen al mismo grupo de empresas.

Al actor, ahora recurrente en casación, se le implantó en 2005 una prótesis de cadera fabricada por la sociedad inglesa DePuy International Ltd., filial del grupo Johnson and Johnson. En el año 2012, fue sometido a un procedimiento de revisión y recambio de la prótesis debido a los problemas que padecía. El actor interpone demanda contra Johnson and Johnson y contra dos médicos que intervinieron en la colocación de la primera prótesis y en su retirada posterior, y reclama una indemnización por daños que atribuye al carácter defectuoso de la prótesis.

El juzgado estima parcialmente la demanda y condena a Johnson and Johnson S.A. (distribuidora de la prótesis y filial del grupo Johnson and Johnson) a indemnizar al demandante, pero solo por los daños derivados de la retirada prematura de la prótesis. El juzgado absuelve a los médicos, y este pronunciamiento queda firme.

La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandante, dirigido a que se eleve la indemnización concedida, estima el recurso de apelación interpuesto por Johnson and Johnson S.A. y desestima la demanda en su integridad. La Audiencia basa su decisión, brevemente, en que debió demandarse al fabricante y no al distribuidor dado que, aunque pertenezcan a un mismo grupo de empresas, fabricante y distribuidor son personas jurídicas distintas.

El demandante interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación. Los dos van a ser desestimados.

La sentencia recurrida declara hechos probados los siguientes:

"1) D. Bartolomé fue diagnosticado en fecha 6 de agosto de 2004 de Necrosis avascular de cabeza femoral derecha, documento 5.1 de la demanda, al folio 82.

"En fecha 20 de enero de 2005, le fue practicada una artropastia total de cadera derecha de tipo Resurfacing, siéndole implantada una prótesis total de cadera Resurfacing, fabricada por DePuy International Ltd. Reino Unido y distribuida en España por Johnson & Johnson Medical Iberia, documento 5.3 de la demanda, al folio 84, y documento 3 de la demanda, al folio 59.

"2) Causó alta el día 11 de mayo de 2006, con dolor en actividades de esfuerzo moderado, documento 5.6 de la demanda, al folio 87.

"3) El día 26 de agosto de 2010, DePuy Orthopaedics Inc, emitió un comunicado mundial en el que anunció la retirada voluntaria del mercado de la prótesis

Acetabular ASR XL y la prótesis de recubrimiento de cadera DePuy ASR, utilizadas en cirugía de reemplazo de cadera, debido al número de pacientes que han necesitado una segunda intervención de reemplazo de cadera, denominada cirugía de revisión, documento 4 de la demanda, al folio 64.

"4) El día 10 de septiembre de 2010, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) distribuyó a los centros sanitarios a través de los puntos de Vigilancia y Productos Sanitarios de las Comunidades Autónomas, una Alerta sobre los Sistemas de prótesis de cadera DePuy ASR Articular Surface Replacement y DePuy ASR XL Acetabular, fabricados por DePuy International Ltd. Reino Unido y distribuidos en España por Johnson & Johnson Medical Iberia, sita en el Paseo de las Doce Estrellas 5-7, Campo de las Naciones de Madrid, documento 3 de la demanda, al folio 59.

"5) En noviembre de 2012, el actor fue remitido por indicación del Hospital de Mollet al Dr. Eloy para revisión de su prótesis, siguiendo las directrices de la compañía DePuy Orthopaedics Inc, y de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), siéndole recomendado el recambio de la prótesis, documento 5.9 de la demanda, al folio 91.

"6) El día 1 de marzo de 2013, fue intervenido en Barnaclinic, por el Dr. Eloy, apreciándose durante la cirugía un tejido sinovial muy proliferativo y muy pigmentado, marrón verdusco con escaso líquido en su interior, alojado por debajo del glúteo medio, en la zona periarticular, documento 5.8 de la demanda, al folio 90.

"7) Causó alta hospitalaria el día 7 de marzo de 2013, para seguir nuevo proceso postquirúrgico, con controles ambulatorios hasta el día 10 de julio de 2013, documentos 5.7 y 5.9 de la demanda, a los folios 88 y 91.

"8) En fecha 5 de marzo de 2014, fue dado de alta del programa de recambio de prótesis metal-metal y derivado de nuevo al Hospital de Mollet.

"9) En fecha 14 de mayo de 2014, el Letrado D. Emilio Ortiz Arévalo, en nombre del demandante, D. Bartolomé envía un burofax de reclamación extrajudicial a DePuy/ Johnson & Johnson, en el domicilio sito en el Paseo de las Doce Estrellas 5-7, Campo de las Naciones de Madrid, documento 13 de la demanda, al folio 318.

"10) El día 18 de junio de 2014, el Apoderado de Johnson & Johnson España S.A., en respuesta a la comunicación anterior de 14 de mayo de 2014, remite burofax informando que el fabricante de la prótesis de cadera ASR es DePuy International Ltd., Reino Unido (y

no en el Paseo de las Doce Estrellas 5-7, Campo de las Naciones de Madrid), siendo Johnson & Johnson España S.A. un mero distribuidor de productos sanitarios, por lo que cualquier reclamación deberá dirigirla al fabricante de la prótesis, DePuy International en el domicilio sito en Reino Unido, al folio 509.

"11) El día 14 de julio de 2014, se dirige la demanda contra Johnson & Johnson, en la figura de su representante legal, designando como domicilio a efectos de notificaciones el sito en el Paseo de las Doce Estrellas 5-7, Campo de las Naciones de Madrid, documento 3 de la demanda, al folio 59.

"12) El día 24 de octubre de 2014, Johnson & Johnson S.A. comparece y presenta escrito de contestación a la demanda.

"13) DePuy International Ltd. fabricó los Sistemas de cadera DePuy International ASR Articular Surface Replacement y DePuy ASR XL Acetabular, al folio 59.

"14) Johnson & Johnson Medical Iberia distribuyó dichos productos en España, al folio 59.

"15) Johnson & Johnson S.A. es una sociedad anónima filial de la sociedad matriz americana Johnson & Johnson, con sede en New Jersey, documento 11 de la demanda, al folio 307.

"16) DePuy International Ltd. es una sociedad filial de la sociedad matriz Johnson & Johnson.

"DePuy International Ltd. tiene el 3,05% del capital social de la mercantil Johnson & Johnson S.A., documento 11 de la demanda, al folio 308.

"17) DePuy Ibérica S.A. (extinguida) fue absorbida por fusión por absorción por la compañía Johnson & Johnson en fecha 10 de septiembre de 1999, documento 12, a los folios 310 a 314.

"18) El accionista mayoritario (85,485% del accionariado) de Johnson & Johnson S.A. es la sociedad matriz Johnson & Johnson con sede en New Jersey, documento 11 de la demanda, al folio 308.

"19) Del listado de adjudicaciones de diversos elementos protésicos a los diferentes hospitales de Catalunya, aportado como documento número 2 de la Más Documental II de la demandada, a los folios 1.441 a 1.448, se desprende que las adjudicaciones de prótesis de cadera de la marca DePuy se realizaban en favor de la empresa Johnson & Johnson S.A."

La demanda de fecha 14 de julio de 2014 presentada por el Sr. Bartolomé se dirigió conjuntamente contra Johnson & Johnson y los cirujanos Sres. Eduardo (que indicó la intervención quirúrgica de colocación de la prótesis en 2004) y Eloy (que realizó la revisión en 2012).

El demandante alegaba, en síntesis, que la prótesis que le fue implantada en 2005 hubo de ser sustituida prematuramente debido a su carácter defectuoso, lo que le ocasionó una serie de daños físicos y psicológicos.

Invocaba el art. 1101 CC (responsabilidad contractual), alternativamente art. 1902 CC (responsabilidad extracontractual), así como los arts. 5, 135, 137, 138, 146 y 148 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.

En la demanda solicitó la condena solidaria, en proporción de 98% para Johnson & Johnson y 2% para los Sres. Eduardo y Eloy, a abonar al demandante la cantidad de 451.039,67 euros más intereses. En el acto del juicio el demandante rebajó la petición a 287.675,67 euros.

A los médicos les imputaba haber decidido unilateralmente la prótesis que le implantaron y no haber informado de las eventuales consecuencias de la implantación efectuada, cuando existen otros materiales alternativos para las prótesis.

A Johnson & Johnson, de quien decía era una multinacional estadounidense situada en Nueva Jersey, Estados Unidos, le imputaba, de una parte, no haber identificado al fabricante a pesar de haberle dirigido infinidad de comunicaciones, sin respuesta por su parte; al mismo tiempo, sostuvo que "Johnson & Johnson y DePuy son exactamente lo mismo" (ambas son fabricantes y distribuidoras, poseen el mismo activo y pasivo patrimonial, tienen el mismo consejo de administración, presidenta, órganos de gobierno), por lo que no pueden escudarse en un entramado societario que distingue entre "proveedor/distribuidor" del producto; de hecho, a través del mismo despacho Crawford que gestionaba los reembolsos de gastos y pagos de indemnizaciones en nombre de "Johnson & Johnson y DePuy", habían pagado al letrado gastos a cuenta para otros perjudicados; en la página web de la compañía, Johnson & Johnson y DePuy se presentan como un todo, y su domicilio en España es el mismo (Paseo de las Doce Estrellas 5-7, Madrid); finalmente, también sostuvo que, en el caso de que se considerara que Johnson & Johnson, que es la matriz, era mera distribuidora, su responsabilidad derivaría de tener pleno conocimiento del defecto de las prótesis, al menos desde el año 2005.

Johnson & Johnson S.A. compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación.

Alegó que no estaba legitimada pasivamente porque no era la fabricante del producto sino únicamente su distribuidora, por lo que solo sería responsable si no hubiese identificado al fabricante (cosa que sí hizo mediante un burofax de 18 de junio de 2014 en contestación a una reclamación del actor de fecha 14 de mayo de 2014) o si se acreditase que puso en circulación el producto a sabiendas de su carácter defectuoso, lo que no sucedió. Explicó que tiene personalidad jurídica diferenciada de la sociedad matriz del grupo empresarial al que pertenece y que no es la misma sociedad que DePuy Internacional Ltd., fabricante real de la prótesis objeto de este procedimiento, que tiene sede en Reino Unido. También negó el carácter defectuoso de la prótesis, afirmó que los parámetros de cobalto y cromo en sangre del demandante eran normales, negó las lesiones y el daño psicológico que se indicaban en la demanda y destacó que la incapacidad padecida por el actor no se debió a la colocación de la prótesis sino que obedecía a la enfermedad base que ya padecía el actor, tal y como se recoge en la resolución administrativa que declaró la incapacidad laboral.

La sentencia del juzgado desestimó la demanda interpuesta contra los Sres. Eduardo y Eloy. Respecto del primero por entender que había realizado su intervención conforme a la "lex artis". Respecto del segundo, porque controló de manera correcta las complicaciones aparecidas años después de la intervención.

La sentencia del juzgado condenó a Johnson & Johnson S.A. a abonar al Sr. Bartolomé la cantidad de 24.042,93 euros.

El juzgado, tras rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por Johnson & Johnson S.A., entró en el fondo del asunto y consideró que, si bien los niveles en sangre de iones del demandante se encontraban dentro de la normalidad, al cabo de más de siete años de colocación de la prótesis ASR padeció una evolución dolorosa que le abocó a someterse a una revisión prematura, por lo que la prótesis fracasó en cuanto a la duración esperada. Pero rebajó la indemnización solicitada por el demandante al entender que algunos de los daños por los que reclamaba procedían de la patología previa padecida y por la que se le implantó la prótesis y otros no habían quedado probados.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva de Johnson & Johnson S.A., el juzgado razonó que Johnson & Johnson S.A. no era un mero distribuidor, sino que también era fabricante y que, aunque no se considerara así, no había acreditado su

diligencia como comercializadora. Sus argumentos fueron:

La filial comparecida, Johnson & Johnson S.A. y DePuy International Ltd. no actúan con autonomía en el mercado europeo, sino que siguen las instrucciones de la matriz, la multinacional Johnson & Johnson S.A., Families Companies, que actúa en España a través de Johnson & Johnson S.A.

Matriz y filial forman una unidad económica y de imputación jurídica frente a la administración y frente a los perjudicados, de ahí que constituyan una sola empresa a efectos de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Hay un único empresario (el real, la "empresa del grupo") y los integrantes del grupo lo son formalmente, porque se está produciendo una situación de "permeabilidad operativa y contable entre las empresas filiales y la matriz".

Con apoyo en el art. 7.2 CC debe hacerse responsable al grupo como una sola unidad de imputación jurídica; en el caso, la imbricación y subordinación societaria da lugar a que cualquiera de las empresas pueda ser considerada productora o fabricante, así se deduce: de los listados de las adjudicaciones a los hospitales públicos del material protésico, aportados en las actuaciones; la distinción entre la sociedad adjudicataria Johnson & Johnson y los nombres que se hacen constar como la "marca" o el "modelo de referencia" que se atribuye a "DePuy"; concluye que no se ha demostrado que, en el momento de colocación de las prótesis, en el año 2005, el fabricante o productor del producto fuera la sociedad filial DePuy International Ltd., sino que existía una situación de hecho en la que "Johnson & Johnson" era considerado productor y distribuidor.

Existía la posibilidad de un control sobre la calidad de los productos por parte de la dirección de la multinacional Johnson & Johnson (que actúa en España a través de su filial "Johnson & Johnson S.A."), ya que debía ejercer el efectivo control sobre las prótesis que debían ser remplazadas.

El Sr. Bartolomé recurrió en apelación.

El recurso de apelación del Sr. Bartolomé se basó en su disconformidad con la indemnización fijada por la sentencia de primera instancia. Solicitó la condena a Johnson & Johnson a pagar al demandante la cantidad de 263.632,74 euros, así como los intereses legales devengados desde la fecha de vencimiento con imposición de costas a la demandada por su mala fe.

También recurrió en apelación Johnson & Johnson S.A. para solicitar la revocación de la sentencia de primera instancia y la desestimación íntegra de la demanda.

Por lo que se refiere a su legitimación pasiva Johnson & Johnson S.A. alegó la existencia de error del juzgado en la valoración de la prueba y errónea aplicación del derecho con infracción de la normativa aplicable. Señaló que gran parte de la argumentación en la que se asienta la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva de Johnson & Johnson se fundamentaba en premisas claramente erróneas, entre ellas, que las autoridades europeas en el marco del derecho de la competencia habrían considerado a la entidad multinacional Johnson & Johnson y a sus filiales como centros de imputación jurídica, es decir, como un único sujeto de derecho a la hora de evaluar distintas operaciones de concentración societaria. Explicó que las decisiones citadas sobre competencia no guardan relación con la demandada Johnson & Johnson S.A. ni en ninguna de ellas se concluye que la matriz americana Johnson & Johnson ejerza tal dirección unitaria sobre las más de 250 empresas del grupo ni que dicha entidad sea tal centro de imputación jurídica. Reiteró que la fabricante de las prótesis era DePuy International Ltd., cuya identidad venía perfectamente reflejada en las etiquetas de la prótesis que se colocó al Sr. Bartolomé y que la demandada es una entidad con personalidad jurídica propia e independiente y con total autonomía, que no ejerce ningún control sobre ninguna entidad, por lo que carece de legitimación para responder por los supuestos hechos u omisiones cometidos por otra entidad distinta.

Por lo que se refiere al reemplazo de la prótesis, argumentó que el juzgado incurrió en error en la valoración de la prueba. Reiteró que la prótesis ASR implantada al demandante funcionó perfectamente e incluso mejor de lo que cabe esperar con cualquier prótesis. Mantuvo que las premisas sobre las que se asienta el informe pericial aportado por el demandante son incorrectas y que el juzgado llegó a conclusiones completamente erróneas a la hora de interpretar los informes periciales de las partes, puesto que se contradicen frontalmente con la prueba practicada en el juicio.

Por lo que se refiere al incumplimiento del fabricante, Johnson & Johnson S.A. explicó que las conclusiones del juzgador eran contradictorias entre sí, pues de una parte considera que el fabricante de la prótesis es DePuy International Ltd. pero también que la demandada es distribuidora y fabricante.

Por último, respecto del incumplimiento de normativa por parte del fabricante en la evaluación y autorización del producto sanitario, Johnson & Johnson S.A. alegó que dichas conclusiones ni se razonan ni responden a ninguna evidencia de los

autos, al contrario, se aportan numerosas pruebas que hacen decaer tal conclusión.

La Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por Johnson & Johnson S.A. y desestima el recurso de apelación formulado por el Sr. Bartolomé. Revoca la sentencia del juzgado y, en su lugar, dicta sentencia por la que estima la excepción de falta de legitimación pasiva de Johnson & Johnson S.A. y desestima la demanda presentada por el Sr. Bartolomé.

En primer lugar, la Audiencia advierte sobre lo que califica como "irregularidad procesal" producida en el procedimiento porque la demanda se dirigió contra Johnson & Johnson, empresa estadounidense con sede en New Jersey (encabezamiento, folio 15 de la demanda y suplico), pero emplazándola en el domicilio de su filial Johnson & Johnson S.A., que comparece negando su falta de legitimación pasiva, pero a quien se tiene como demandada sin haber seguido el trámite previsto en el art. 13 LEC.

La Audiencia explica también que la implantación de la prótesis tuvo lugar en enero de 2005, cuando estaba en vigor la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por productos defectuosos, por lo que es esta la ley aplicable (lo relevante realmente, de acuerdo con la transitoria única de la ley sería el momento en que se puso en circulación la prótesis, que, por la fecha en que se realizó la operación, cabe pensar que también tuvo lugar durante la vigencia de la citada ley).

A continuación, partiendo de que no se cuestiona que DePuy International Ltd. fabricó el sistema de cadera implantado y que Johnson & Johnson S.A. suministró la prótesis a los hospitales españoles razona:

No cabe aplicar el apartado 2 del art. 4 de la Ley 22/1994 porque no se ha probado (ni se ha alegado) que Johnson & Johnson S.A. sea importador del producto en la Unión Europea.

No cabe aplicar el apartado 3 del art. 4 de la Ley 22/1994 pues, en el presente supuesto, el demandante sabía, antes de la presentación de la demanda, que DePuy International Ltd. era la empresa fabricante de la prótesis.

Al contrario de lo que se expone en la sentencia dictada por la sección sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 14 de junio de 2016, en el presente caso, en los requerimientos extrajudiciales que dirigió el demandante y que tenían como destinatarios a Johnson & Johnson y DePuy (todos ellos dirigidos al domicilio social de Johnson & Johnson S.A., sito en el Paseo de las Doce Estrellas, número 5-7, de Madrid), Johnson &

Johnson S.A. se dirigió al demandante para aclararle que estaba identificando incorrectamente a la fabricante del producto y procedió correctamente identificando a la parte actora cuál era la empresa fabricante de la prótesis, conforme al art. 138.2 del TRLGDCU y al art. 3, apartado 3, de la Directiva 85/374.

En el presente supuesto, no pudo producirse la confusión a la que se refiere la citada sentencia de la sección sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 14 de junio de 2016, pues la mercantil Johnson & Johnson S.A. indicó cuál era la empresa fabricante del producto.

No procede la aplicación del art. 4.1.d) de la Ley 22/1994, de 6 de julio, conforme al cual, "cualquier persona que se presente al público como fabricante, poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o de presentación". El nombre de Johnson & Johnson aparece en los productos DePuy, en la presentación de las prótesis, en los folletos, en las cajas contenedoras de las prótesis y en las etiquetas de los productos, en los que se hace constar "DePuy a Johnson & Johnson Company". Se utiliza un anagrama o logo en el que pone, en letras grandes, "DePuy", y debajo, en letras más pequeñas, "a Johnson & Johnson Company". Lo que sucede es que estos productos, no van dirigidos al consumidor, sino a los hospitales y clínicas en los que se implantan las prótesis, por lo que la denominación de Johnson & Johnson Company junto a DePuy no puede crear, en este supuesto, confusión al consumidor, en los términos del art. 4.1.d) de la Ley 22/1994. Por tanto, no se produce esta confusión al consumidor por "productor aparente". En cualquier caso, esta posible confusión quedó destruida con el burofax de 18 de junio de 2014, anterior a la demanda inicial, de 14 de julio de 2014.

La distribuidora no es responsable conforme al régimen de la Directiva, tal y como explica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ( STJUE, Gran Sala 10 de enero de 2006, C-402/03, Skov y Bilka) y de la Sala Primera del TS (cita la STS de 9 de diciembre de 2010, prótesis mamarias).

Frente a esta conclusión no puede invocarse el art. 25 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los Consumidores y usuarios, pues la jurisprudencia del TJUE, interpretando el art. 13 de la Directiva 85/374, ha declarado que "los derechos que los perjudicados por los daños causados por productos defectuosos tuvieron reconocidos conforme a la legislación de un Estado miembro, en virtud de un

régimen general de responsabilidad que tenga el mismo fundamento que el establecido por esta Directiva, pueden verse limitados o restringidos como consecuencia de la adaptación del ordenamiento jurídico interno de dicho Estado a lo dispuesto en la mencionada Directiva" (STJUE, Sala 5ª, de 25 de abril de 2002, C-183/2000).

Johnson & Johnson S.A. no está legitimada pasivamente para ser demandada por los daños causados por un producto fabricado por otra sociedad del grupo dado que, a la vista de la documental obrante en autos, no existe la alegada confusión en el entramado del grupo Johnson & Johnson Company como sociedad matriz y Johnson & Johnson S.A. y DePuy International Ltd. como filiales.

Sobre este punto explica la sentencia:

"De la documental obrante en autos, se desprende:

"1) Johnson & Johnson S.A. es una sociedad anónima filial de la sociedad matriz americana Johnson & Johnson Company con sede en New Jersey, documento 11 de la demanda, al folio 307. El accionista mayoritario (85,485% del accionariado) de Johnson & Johnson S.A. es la sociedad matriz Johnson & Johnson Company, documento 11 de la demanda, al folio 308.

"Composición de Johnson & Johnson S.A. según consta en el documento 11, al folio 307: presidente: Margarida Neves.

"Accionistas: Johnson & Johnson (85,50%), Cordis International Corporation (10,27%); DePuy Inc (3,05%). "Sociedad matriz: Johnson & Johnson.

"En la certificación emitida por el director del Departamento Financiero de Johnson & Johnson S.A. se indica:

"Accionistas de Johnson & Johnson S.A.: Johnson & Johnson (85,485%), Cordis International Corporation (10,269%), Johnson & Johnson International (0,058%), DePuy Synthes Inc (2,956%), Cilag Holding (0,014%), McNeil Products Ltd. (1,218%).

"2) DePuy International Ltd. es una sociedad filial de la sociedad matriz Johnson & Johnson con sede en New Jersey.

"DePuy fue adquirida por Johnson & Johnson y sus compañías forman parte del grupo Johnson & Johnson Medical Devices.

"DePuy Ibérica S.A. fue absorbida por fusión por absorción por la compañía matriz Johnson & Johnson en fecha 10 de septiembre de 1999, documento 12, al folio 314.

"3) El registro y administración del dominio de la página web de DePuy.com corresponde a Johnson & Johnson, documento 2, al folio 548.

"4) DePuy se presenta como parte de la familia Johnson & Johnson en su página web, en su logo y en las etiquetas de los productos en los que se hace constar "DePuy a Johnson & Johnson Company", a los folios 584 a 596.

"En la página web DePuy.com se hace constar: "DePuySynthes Part of the Johnson & Johnson Family of Companies" y en la información corporativa se indica: "Las compañías de DePuy Synthes son parte de la familia de compañías de Johnson & Johnson".

"En definitiva, tanto la fabricante DePuy International Ltd., como la distribuidora Johnson & Johnson S.A., son filiales de la empresa matriz Johnson & Johnson.

"DePuy Inc fue adquirida en 1999 por Johnson & Johnson (según consta en la página web de DePuy Synthes) y, al mismo tiempo, Johnson & Johnson es la accionista mayoritaria, con un 85,50%, de Johnson & Johnson S.A.

"Pero lo cierto es que la circunstancia de conformar un grupo empresarial no es suficiente para atribuir responsabilidad a la distribuidora Johnson & Johnson S.A. por los productos defectuosos fabricados por otra sociedad filial del mismo grupo empresarial.

"Esto es, ambas sociedades, fabricante y distribuidora, son filiales del mismo grupo de empresas, pero no se ha probado que exista subordinación o dependencia entre ellas.

"Es cierto que, como sociedades filiales, ambas seguirán las directrices de la sociedad matriz, pero ello es insuficiente para aplicar la "teoría de la identidad", cuál es la sumisión de la sociedad filial a la voluntad y directrices de la sociedad matriz, o la teoría del "levantamiento del velo".

"Aquí no se trata de extender la responsabilidad de la fabricante (matriz) a la distribuidora (filial) por entender que la sociedad española asume en España las responsabilidades del grupo o de la sociedad matriz (...).

"En este supuesto, no se trata (de) que la distribuidora Johnson & Johnson sea una filial de la empresa fabricante.

"Aquí se trata de dos empresas filiales, la fabricante, con sede en Reino Unido y la distribuidora española, y ambas, fabricante y distribuidora, son filiales de la misma empresa matriz.

"Sólo sabemos que la sociedad matriz americana participa en un 85,485% del accionariado de la distribuidora española Johnson & Johnson S.A. y que la fabricante DePuy International Ltd. tiene el 3,05% del capital social de la mercantil Johnson & Johnson S.A., pero desconocemos la composición

social, los órganos sociales y ningún otro dato de la sociedad fabricante.

"Dice la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2001 que lo que se pretende es evitar el fraude de los derechos de un tercero a través de las mutuas remisiones entre matriz y filiales.

"Pero, en el presente caso, no tenemos constancia que DePuy International Ltd. sea indiferenciada de la matriz ni de la distribuidora.

"No nos consta la composición social de la fabricante DePuy International Ltd.

"DePuy es una franquicia de empresas de ortopedia y neurocirugía, que desarrolla y comercializa productos bajo las marcas Codman, DePuy Mitek, DePuy Orthopaedics y DePuy Spine, fue adquirida por Johnson & Johnson y sus compañías forman parte del grupo Johnson & Johnson Medical Devices, y DePuy Ibérica

S.A. fue absorbida por fusión por absorción por la compañía matriz Johnson & Johnson en fecha 10 de septiembre de 1999, documento 12, al folio 314.

"DePuy International Ltd. tiene el 3,05% del capital social de la mercantil Johnson & Johnson S.A., documento 11 de la demanda, al folio 308.

"Y el accionista mayoritario (85,485% del accionariado) de la distribuidora Johnson & Johnson S.A. es la sociedad matriz Johnson & Johnson con sede en New Jersey, documento 11 de la demanda, al folio 308.

"Y estas circunstancias, por sí solas, no nos permiten considerar responsable a la distribuidora porque se trata de una sociedad anónima y como tal, tiene una personalidad jurídica propia e independiente, sin que se haya acreditado que ejerza control alguno sobre la fabricante, o al contrario, que la fabricante ejerza control sobre ella.

"En el procedimiento, no consta ningún elemento o dato probatorio que nos permita estimar concurrente una confusión del patrimonio social ni una unidad de organización y decisión que comporte un confusionismo entre ambas entidades, fabricante y distribuidora, sin que se haya probado, por ejemplo, una coincidencia de los miembros del consejo de administración y del presidente, por lo que no existen elementos probatorios que permitan considerar que la distribuidora carece de funcionamiento real e independiente respecto de la fabricante.

"En definitiva, en el supuesto analizado, no consideramos suficiente acreditado el empleo abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad para defraudar legítimos derechos de terceros, ni la existencia de un fraude de ley.

"Tampoco consta que fabricante y distribuidora tengan el mismo objeto social, el mismo domicilio ni estén controladas por un mismo órgano de decisión, ni que hayan existido cambios de denominaciones sociales que hayan podido generar confusión.

"Por todo lo expuesto, no consideramos acreditada la aplicación de la teoría de la identidad ni de la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas".

Johnson & Johnson S.A. tampoco debe responder por haber distribuido los productos con conocimiento de la existencia de defectos, de acuerdo con la disp. adic. única de la Ley 22/1994, de 6 de julio, "pues no existe prueba alguna que justifique que suministró las prótesis a sabiendas de la existencia de los defectos, que no fueron conocidos, según los países, hasta los años 2009/2010".

No puede declararse la responsabilidad de Johnson & Johnson S.A. conforme al art. 1902 CC, "ya que de la prueba practicada en el procedimiento, no consta que tuviera conocimiento previo de que el producto fuera propenso a degradarse prematuramente o a la existencia de algún caso de necesidad de reemplazo prematuro ni que no advirtiera de este riesgo, que en el año 2005 era desconocido, por lo que no puede concluirse que la distribuidora incurriera en una falta de diligencia exigida para que pueda estimarse su responsabilidad por esta vía".

El demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurrente aporta nuevos documentos junto al escrito del recurso y, posteriormente, mediante escrito de 1 de octubre 2018 y de 8 de enero de 2019, en el que solicita ampliación de hechos.

SEGUNDO.- Irrelevancia de los documentos aportados y de la ampliación de hechos

1.- Por lo que se refiere a la multitud de documentos aportados por el recurrente en distintas fechas, hay que observar que no cumplen los requisitos exigidos por el art. 270.2 LEC, al no ser decisivos en ningún caso para la resolución del recurso, y en algún caso ser anteriores a la demanda sin que se acredite debidamente la razón por la que no se hubiesen podido obtener por anterioridad.

Se trata de correos e informes elaborados por un médico, a quien ya se citaba en la demanda, y que según se dice, pero no se justifica, no pudieron presentarse con ella porque en ese momento eran confidenciales. Se alega que de esos documentos resultaría que la recurrida conocía el carácter defectuoso de la prótesis cuando la comercializó, razonamiento que fue invocado en la demanda pero que ha quedado fuera del recurso de casación.

También se aportan sentencias obtenidas en otros procedimientos referidos a reclamaciones interpuestas por otras personas, cuando es conocido que las decisiones judiciales están en función de lo alegado y probado en cada caso, así como la grabación del juicio seguido por otro demandante, que fue posterior a la demanda que da origen al presente recurso, y que debió ser valorada en ese procedimiento, pero no en este.

2.- Como se ha reiterado en anteriores sentencias, siendo la revisión que se realiza en el recurso de casación de carácter jurídico sustantivo, y no fáctico, por regla general no puede aceptarse que, estando pendiente el recurso de casación, puedan alegarse hechos nuevos o de nueva noticia que puedan modificar la solución que debe darse al recurso (por todas, sentencia 667/2018, de 23 de noviembre). En el caso, no pueden calificarse como un hecho nuevo o de nueva noticia de los contemplados por el art. 286 LEC las noticias periodísticas en las que se denuncia la forma en la que se fabrican y comercializan dispositivos médicos sin control, pues no se justifica su novedad por la genérica invocación de la confidencialidad de los equipos de investigación periodística, y porque en algunas de ellas ha proporcionado información el letrado de la recurrente, lo que además pone de relieve que ya era conocedor con anterioridad de la información. Tampoco puede admitirse como documentos nuevos los documentos aportados para justificar tales noticias.

TERCERO.- Recurso por infracción procesal

1.- Fundamentación del motivo. En el único motivo formulado se denuncia, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE), por vulneración del art. 217.7 LEC.

En su desarrollo alega que la sentencia no considera a Johnson & Johnson y DePuy junto con su matriz Johnson & Johnson Inc. como una unidad de imputación jurídica por la falta de acreditación de determinados extremos relativos a la vinculación existente entre Johnson & Johnson y DePuy, aspectos que se refieren al funcionamiento interno de un grupo empresarial y a las relaciones recíprocas de las dos filiales y de estas con la matriz sobre los que la demandada tiene información, por lo que, en virtud de la regla de la facilidad probatoria, le incumbiría probarlos a ella.

Añade que la demanda ha realizado un esfuerzo probatorio dirigido a aportar evidencias de la alta integración entre las sociedades del grupo, la estrategia de "marketing" por la que todas las

sociedades se presentan como integrantes de la familia Johnson & Johnson y la percepción que tienen los terceros sobre la relación entre Johnson & Johnson y DePuy, a pesar de lo cual la sentencia recurrida estima que todo ello es insuficiente para vencer el obstáculo de la personalidad jurídica diferenciada.

El motivo va a ser desestimado por lo que se dice a continuación.

2.- Desestimación del motivo. Debemos comenzar advirtiendo que las objeciones formuladas por la recurrida en el sentido de que la doctrina del levantamiento del velo y la inversión de la carga de la prueba no se invocaron en la demanda no pueden ser atendidas. Aunque la cita formal de la doctrina del levantamiento del velo la introduce la sentencia recurrida, se hace sin variar la causa de pedir, dirigida a extender la responsabilidad entre empresas del mismo grupo. En efecto, en su demanda, junto a otros criterios para imputar responsabilidad a la demandada, la ahora recurrente alegó que Johnson & Johnson no podía ampararse en un entramado societario porque Johnson & Johnson y DePuy "son exactamente lo mismo, es más, es que ambas son fabricantes y distribuidoras". En su contestación a la demanda, la ahora recurrida se opuso alegando que es distribuidora de las prótesis fabricadas por DePuy Internacional Ltd., que ambas tienen personalidad jurídica diferenciada y que desempeñan actividades muy distintas, por lo que no existe la pretendida vinculación.

En definitiva, no se introduce ningún tema novedoso en este recurso. Lo que sucede es que, contra lo que denuncia el recurrente, la Audiencia no aplica las normas de atribución de la carga de la prueba, por lo que la infracción denunciada carece de fundamento.

Es doctrina reiterada que solo se infringe el art. 217 LEC si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en dicho precepto legal y desarrolladas por la jurisprudencia. Forman parte de esas reglas los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, consagrados en el apartado 7 del art. 217 LEC, que permiten hacer recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición mejor o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente para su aportación. Cuando, valoradas las pruebas practicadas, se considera que han resultado

suficientemente acreditados los hechos relevantes para decidir el litigio, no entran en juego las reglas de la carga de la prueba (entre otras muchas, sentencias 244/2013, de 18 de abril, 160/2018, de 21 de marzo, 274/2019, de 21 de mayo, y 633/2019, de 25 de noviembre).

La sentencia recurrida, a la vista de la prueba practicada, cuya valoración no ha sido cuestionada por el recurrente, considera probado que Johnson & Johnson S.A. es distribuidora y DePuy International Ltd. es fabricante (lo que, por lo demás, también es aceptado expresamente por la recurrente en el segundo motivo del recurso de casación) y rechaza que haya quedado "acreditada la aplicación de la teoría de la identidad ni de la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas". La Audiencia llega a esta conclusión tras analizar la documental aportada por las dos partes y valora que no puede considerarse que entre las dos empresas filiales de la misma matriz exista subordinación o dependencia ni tampoco el empleo abusivo de la personalidad jurídica para defraudar legítimos derechos de terceros.

En realidad, lo que cuestiona la recurrente es la valoración realizada por la Audiencia acerca de si concurren los presupuestos para imputar responsabilidad a Johnson & Johnson S.A., lo que tiene que ver con una cuestión de fondo, la cuestión jurídica de quién es responsable cuando fabricante y distribuidor, siendo personas jurídicas diferentes, pertenecen al mismo grupo de empresas. De hecho, en el primer motivo del recurso de casación se vuelve a plantear, como cuestión jurídica, si las evidencias presentadas (y declaradas probadas por la sentencia recurrida) son suficientes para tratar a todas las sociedades involucradas en la prótesis ASR como un único centro de imputación jurídica.

El recurso por infracción procesal, en consecuencia, es desestimado.

CUARTO.- Recurso de casación

El recurso se interpone por la vía del art. 477.2.3.º LEC y se funda en dos motivos.

1.- Fundamentación del primer motivo.

El primer motivo alega que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia sobre el "levantamiento del velo" y denuncia la infracción de los arts. 6.4, 7.1 y 7.2 CC en relación con el art. 4 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil del fabricante por los daños causados por productos defectuosos.

En el desarrollo del motivo, el recurso argumenta que los hechos acreditados son constitutivos de algunos de los supuestos que, según la jurisprudencia, permiten aplicar la doctrina del levantamiento del velo por lo que, al no entenderlo así, la sentencia recurrida es

contraria a la doctrina de esta sala (cita las sentencias 80/2014, de 28 de febrero, 628/2013, de 28 de octubre, y 327/2013, de 24 de junio). A juicio del recurso, de la documentación aportada resulta el alto grado de implicación entre las sociedades del grupo Johnson & Johnson y, en particular, menciona la elevada participación de la matriz Johnson & Johnson en Johnson & Johnson S.A., que la dirección de DePuy Spain era la misma que la de Johnson & Johnson S.A., que en la página web de Johnson & Johnson se incluye a DePuy como empresa del grupo, que en la documentación relacionada con la prótesis del demandante aparece siempre "DePuy a Johnson & Johnson company" y la unidad de defensa jurídica.

Argumenta que la jurisprudencia ha declarado que el hecho de que la filial tenga personalidad jurídica separada no basta para excluir que su comportamiento se impute a la sociedad matriz, en particular cuando la filial aplica esencialmente sus instrucciones. Añade que fabricante y distribuidor son filiales de la misma matriz estadounidense Johnson & Johnson Inc., que dirige y determina la política empresarial de las sociedades de manera unitaria, por lo que se presenta como un único centro de imputación jurídica y constituyen una sola empresa a efectos del Derecho de la competencia (cita decisiones de la Comisión Europea que han impuesto multas a la matriz por actos de algunas de sus filiales europeas).

Cita, finalmente, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, que en su art. 4 impone a los Estados miembros velar "por que todas las normas y los procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños se conciben y apliquen de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la Unión al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios, ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia".

El motivo va a ser desestimado por lo que se dice a continuación.

2.- Desestimación del primer motivo.

Debemos partir, como explicamos en la sentencia 34/2020, de 21 de enero, de que el legislador europeo quiso canalizar la responsabilidad en la persona del productor (fabricante), dejando fuera deliberadamente al distribuidor (proveedor o suministrador) del producto defectuoso, al considerar

que carece de la posibilidad de intervenir en el producto y no tiene los conocimientos ni la oportunidad para inspeccionar los bienes con los que comercia. El distribuidor responde excepcionalmente, solo en el caso de que el productor (fabricante) no pueda ser identificado y el distribuidor no lo identifique, o no identifique a quien, a su vez, le suministró el producto a él mismo. Se trata de que el perjudicado pueda encontrar un responsable y reclamar la indemnización en aquellos casos en que no pueda identificar a ninguna de las personas principalmente responsables de acuerdo con las disposiciones de la Directiva (art. 3 de la Directiva 85/374, art. 4 de la Ley 22/1994 y, en la actualidad, art. 138 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, TRLGDCU).

En el presente caso, a diferencia de lo que sucedió en el que dio lugar a la citada sentencia 34/2020, la distribuidora sí cumplió su obligación de informar al demandante sobre la identidad del fabricante de la prótesis dentro del plazo de tres meses desde que la demandante se dirigió a ella reclamándole por los daños sufridos. Este primer motivo del recurso se dirige a que se declare la responsabilidad de la distribuidora de la prótesis como si fuera fabricante, y para ello acumula una variedad de argumentos a los que vamos a dar respuesta.

La mera pertenencia a un mismo grupo empresarial no determina, por sí sola, que se extienda a la distribuidora la responsabilidad que la fabricante pudiera tener por los daños causados por los defectos de sus productos.

Esta sala ha advertido en otras ocasiones que el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico reconozca personalidad a las sociedades de capital, como centro de imputación de relaciones jurídicas, y sea la sociedad la que deba responder de su propio actuar, aunque instrumentalmente lo haga por medio de sus administradores, no impide que, "excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias -son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso- sea procedente el "levantamiento del velo" a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros" (sentencias 628/2013, de 28 de octubre, 796/2012, de 3 de enero, y 718/2011, de 13 de octubre, con cita de las anteriores sentencias 422/2011, de 7 de junio, 670/2010, de 4 de noviembre, y 475/2008, de 26 de mayo, entre otras).

La norma general ha de ser respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por cada entidad, que no afecta a sus socios ni administradores, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley. Este carácter excepcional del levantamiento del velo exige que se acrediten aquellas circunstancias que ponen en evidencia de forma clara el abuso de la personalidad de la sociedad. Estas circunstancias pueden ser muy variadas, lo que ha dado lugar en la práctica a una tipología de supuestos muy amplia que justificarían el levantamiento del velo, sin que tampoco constituyan numerus clausus. En cualquier caso, no pueden mezclarse un tipo de supuestos con otro, pues en la práctica cada uno de ellos requiere sus propios presupuestos y, además, pueden conllevar distintas consecuencias. Por ejemplo, no es lo mismo la confusión de patrimonio y de personalidades, habitualmente entre sociedades de un mismo grupo o entre la sociedad y sus socios, que los casos de sucesión empresarial o de empleo abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad por quien la controla para defraudar a terceros.

En materia de responsabilidad por productos defectuosos la propia regulación establece un mecanismo específico que, si bien no se dirige exclusivamente a solventar el problema de la posible confusión entre la empresa matriz y sus filiales, permite alcanzar una solución satisfactoria en estos casos. Se trata de la norma que impone la responsabilidad al distribuidor como si fuera fabricante cuando no identifica al fabricante o no lo hace por iniciativa propia y de manera diligente, tal y como sucedió en el caso de la citada sentencia 34/2020.

Resulta innecesario entonces acudir a la doctrina del levantamiento del velo, pues es la ley la que de manera expresa ofrece una solución cuando concurren los presupuestos que se establecen. En el caso que da lugar a este recurso la distribuidora remitió un burofax informando de quién era la empresa fabricante cuando el actor se dirigió a ella reclamándole por los daños, de modo que ya no procede valorar si fabricante y distribuidora se amparan en la existencia del grupo societario para no identificar al fabricante real del producto.

El recurrente invoca también la aplicación de la teoría de la unidad económica elaborada en el ámbito de la responsabilidad sancionatoria a causa de una conducta contraria al Derecho de la competencia, lo que no resulta adecuado para la decisión del caso litigioso.

En primer lugar, como el propio recurrente admite, hay que observar que en las decisiones de la Comisión Europea que cita se plantea la extensión de la responsabilidad entre matriz y filial, y aquí el recurrente pretende indistintamente, y de manera confusa, bien la responsabilidad del grupo (que como tal carece de personalidad jurídica), bien la responsabilidad de una filial (la distribuidora) por la conducta de otra filial (la fabricante).

En segundo lugar, es decisivo partir de que lo que se plantea en el presente litigio no tiene nada que ver con las consecuencias sancionatorias de una conducta infractora, ni tampoco con una responsabilidad por los daños derivados de una infracción del Derecho de la competencia. La acción ejercitada en este procedimiento es una reclamación de los daños causados por un producto del que se dice es defectuoso, y esta materia cuenta con una regulación específica en la que se imputa la responsabilidad atendiendo a la función desempeñada en la fabricación y comercialización de los productos, distinguiendo entre quien fabrica, importa a la Unión Europea o distribuye los productos.

En el caso, ha quedado acreditado que Johnson & Johnson S.A. es la distribuidora de la prótesis y DePuy International Ltd. la fabricante, por lo que si, de una parte, atendemos a la función que cada una de las empresas del grupo tiene atribuida en el proceso de elaboración y comercialización de los productos y, de otra, las empresas no se han amparado en la confusión del grupo para ocultar quién es el fabricante real, es improcedente acudir a la teoría de la unidad económica.

Hay que observar que, en el caso, en ningún momento se ha invocado razón alguna relacionada con un fraude o un abuso de la personalidad dirigido a burlar, por ejemplo por razones de insolvencia patrimonial de la fabricante, las pretensiones indemnizatorias del recurrente. Por lo demás, es evidente que las razones de tipo económico y jurídico por las que se crean los grupos de empresas para diversificar funciones entre sociedades domiciliadas en diferentes países impiden apreciar abuso o fraude por la mera existencia del grupo.

El recurrente no niega que Johnson & Johnson S.A. sea la distribuidora de la prótesis que se implantó al actor. Lo reconoce expresamente, pero considera que debe responder como fabricante por razones de efectividad del Derecho de la Unión Europea. Lo que sucede es que no explica de qué manera afectaría a la efectividad del Derecho de la Unión Europea en materia de responsabilidad por productos defectuosos la falta de legitimación pasiva de Johnson &

Johnson S.A. y, frente a lo que sugiere, cabe advertir que sería paradójico considerar que el principio de efectividad y el derecho al pleno resarcimiento de los daños se ve comprometido precisamente como consecuencia de la aplicación de una norma impuesta por la Directiva 85/374.

El Tribunal de Justicia ha reiterado que hacer responder a los distribuidores en las mismas condiciones que los productores supone una infracción del art. 3 de dicha Directiva (STJCE, Sala 5.ª, de 25 de abril de 2000, asunto C-52/2000, STJCE, Gran Sala, de 14 de marzo de 2006, asunto C-177/2004, ambas de la Comisión contra República Francesa; STJUE, Gran Sala, de 10 de enero de 2006, asunto C-402/2003, Skov contra Bilka; STJUE, Sala 1.ª, de 9 de febrero de 2006, asunto C-127/04, O'Byrne contra Sanofi Pasteur; STJUE, Sala 1.ª, de 5 de julio de 2007, asunto C-327/2005, Comisión contra Reino de Dinamarca).

El legislador europeo tuvo en cuenta que los fabricantes podían tener su domicilio en un Estado diferente al del domicilio del perjudicado, pero consideró que el Derecho comunitario disponía de los mecanismos precisos para permitir a la víctima demandar al fabricante, y obtener en su caso la ejecución de la sentencia, en el lugar de producción del daño (que normalmente coincidirá con el del domicilio de la víctima). En particular, se estaba pensando en la aplicación del Convenio de Bruselas de 1968, que para los Estados miembros fue sustituido por el Reglamento CE núm. 44/2001, del Consejo, de 22 diciembre 2000 (Bruselas I), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y, este a su vez, a partir de enero de 2015, por el Reglamento UE núm. 1215/2012, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I-bis).

De acuerdo con esta normativa, cuando el fabricante tenga su domicilio en otro Estado miembro, podrá ser demandado, a elección del perjudicado: i) ante los tribunales de ese Estado (fuero general, art. 2 del reglamento Bruselas I, art. 5 del Reglamento Bruselas I-bis); ii) ante los tribunales del lugar de fabricación del producto, por ser ese el lugar del "hecho causal" que originó el daño (art. 5.3 del Reglamento Bruselas I, art. 7.2 del Reglamento Bruselas I-bis y STJUE, Sala 4.ª, de 16 de enero de 2014, asunto C-45/13, Kainz contra Pantherwerke; STJUE, Sala 1.ª, de 9 de julio de 2020, asunto C-343/19, VKI contra Volkswagen); o iii) ante los tribunales del lugar en que se haya producido el

daño (art. 5.3 del Reglamento Bruselas I, art. 7.2 del Reglamento Bruselas I-bis, siempre que sea un foro previsible, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia: STJCE 11 enero 1990, Dumez, STJCE 19 septiembre 1995, Marinari).

De lo anterior resulta que los tribunales españoles tenían atribuida la competencia judicial internacional para conocer de la demanda que se hubiera podido interponer contra la fabricante DePuy International Ltd., en contra de lo que se afirmó expresamente en la demanda y sugiere ahora el primer motivo del recurso cuando se refiere a la efectividad del derecho comunitario y al principio de la reparación integral que, según opina la parte recurrente, se verían comprometidos de no admitir la legitimación pasiva de Johnson & Johnson S.A.

Conviene observar, por lo demás, porque también se aludió en la demanda al coste que supondría para el demandante su traducción, que sería igualmente paradójico considerar comprometido el principio de efectividad por la aplicación de una norma europea que reconoce al demandado negarse a aceptar la demanda si no está redactada o acompañada de una traducción en una lengua que entienda o en una lengua oficial del Estado donde deba efectuarse la notificación [Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, en la interpretación efectuada por el TJUE acerca de los documentos que deben traducirse]. Ello con independencia de si, en este caso, por lo demás, tal exigencia del fabricante hubiera podido prosperar cuando, según manifiesta el recurrente, cuenta con dirección letrada en España, en lo que no entramos por no ser objeto de este proceso.

Finalmente, hay que añadir que cuando el producto se fabrica en terceros países, el perjudicado no dispone de los mecanismos que resultan de los instrumentos contenidos en la actualidad en el Reglamento Bruselas I-bis, y por esa razón el legislador europeo considera productor a quien importa el producto a la Unión Europea (art. 3 de la Directiva, arts. 1 y 4.2 de la Ley 22/1994, arts. 5, 135 y 138.1 TRLGDCU). Se trata de proteger así a la víctima, evitándole tener que demandar a un fabricante instalado fuera de la Unión Europea, tratando de evitar los problemas que pudieran plantearse en el ámbito de la competencia judicial y de la ejecución de sentencia.

En el caso, la sentencia recurrida puso de relieve que no se cuestiona que DePuy International Ltd. fabricó la prótesis de cadera y que Johnson & Johnson S.A.,

como distribuidora para el territorio español, suministró las prótesis a los hospitales españoles y aparece como adjudicataria en los distintos contratos con los hospitales públicos y privados. Es decir, no se ha planteado que Johnson & Johnson S.A. fuera importadora en el sentido del art. 3 de la Directiva.

Puesto que la peculiaridad de este caso reside en que fabricante y distribuidor son empresas del mismo grupo, para la decisión de las cuestiones que se plantean en este motivo del recurso, en los términos en que ha quedado centrado el debate en las instancias, esta sala debe estar a la doctrina específica del Tribunal de Justicia (art. 4 bis LOPJ) sobre grupos de empresas y responsabilidad por productos defectuosos, contenida en la STJUE, Sala 1.ª, de 9 de febrero de 2006 (asunto C-127/04, O'Byrne contra Sanofi Pasteur, anteriormente Aventis Pasteur), precisada por la STJUE, Gran Sala, de 2 de diciembre de 2009, asunto C- 358/08, Aventis Pasteur contra O'Byrne).

En estas sentencias el Tribunal de Justicia ha admitido que el juez nacional puede determinar, a la luz de las circunstancias concretas de cada asunto y de la situación fáctica que se les plantea, si los lazos entre el productor y otra entidad son los suficientemente estrechos para que el concepto de productor, en el sentido de los arts. 7 y 11 de la Directiva, englobe también a esta última entidad y para que la transmisión del producto de una a otra no entrañe su puesta en circulación (apartado 30 de la sentencia O'Byrne; apartados 51 y 52 de la sentencia Aventis Pasteur). Se trataba de determinar si la entrega del producto por la matriz fabricante a la filial distribuidora (filial al 100% de la fabricante) comportaba la puesta en circulación del producto o si esta no había tenido lugar hasta su transmisión a un tercero ajeno al grupo, lo que en el caso era relevante a efectos de fijar si había transcurrido el plazo de diez años previsto en el art. 11 de la Directiva y dentro del cual el perjudicado necesariamente debe interponer su demanda. La valoración de esos vínculos estrechos entre filial y matriz le permitirían al tribunal nacional admitir que el fabricante pudiera sustituir a la filial en el procedimiento iniciado en plazo contra la filial, cuando ya habían transcurrido los diez años para dirigirse en nuevo procedimiento contra el fabricante (apartado 63 de la sentencia Aventis Pasteur).

La valoración del vínculo que permitiría considerar que distribuidor y fabricante integrarían conjuntamente el concepto de productor del art. 3 de la Directiva a los efectos de la sustitución en un procedimiento judicial vendría determinada, no por la titularidad de las empresas, sino por la implicación en las funciones

propias de la fabricación del producto (apartado 29 de la sentencia O'Byrne). Este planteamiento obedece, como advirtió el abogado general en sus conclusiones en la sentencia Aventis Pasteur (apartados 109 y 115), a las funciones que cada una de las empresas asumen en la toma de decisiones que afectan a la fabricación o distribución del producto, de modo que desde el punto de vista de la interpretación funcional del concepto de productor ambas entidades puedan ser consideradas como tal.

Junto a ello, advirtió el Tribunal de Justicia en la sentencia Aventis Pasteur, se trataba también de valorar si a la víctima del producto supuestamente defectuoso le resultaba razonablemente posible identificar al productor antes de ejercitar sus derechos frente al suministrador y si el suministrador cumplió diligentemente su deber de informar a la víctima de la identidad del productor (apartados 55 a 60).

La aplicación de esta doctrina también conduce a la desestimación del motivo del recurso de casación.

En primer lugar, porque en el supuesto que da lugar al presente recurso de casación, la distribuidora identificó diligentemente quién era fabricante y, en tal caso, es el fabricante quien debe responder pues, como recordó la sentencia O'Byrne (apartado 35), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha destacado que la determinación de los sujetos responsables en la Directiva es exhaustiva, dada la finalidad que persigue de armonización completa de los aspectos que regula.

En segundo lugar, la fabricante (DePuy International Ltd.) y la distribuidora (Johnson and Johnson S.A.) no guardan la relación de matriz que controla al 100% a la filial, sino que se trata de dos filiales de un mismo grupo integrado por un elevado número de empresas diferentes y en el que la matriz es una empresa estadounidense. Por esta razón, para valorar que la distribuidora y la fabricante son, a efectos de la Directiva 85/374, el mismo sujeto, sería preciso considerar que tanto DePuy International Ltd. como Johnson & Johnson S.A. carecen de autonomía e independencia y que es la matriz estadounidense quien controla la fabricación y la puesta en circulación de todos los productos elaborados por las distintas empresas del grupo.

El argumento no puede compartirse. De una parte, porque no es admisible negar "a priori" la existencia de una autonomía en las funciones de cada una de las empresas de un grupo que engloba a numerosas sociedades dedicadas a elaborar y comercializar una amplia gama de productos. De otra parte, porque, en el caso que nos ocupa, no hay ningún dato que revele que la actividad de Johnson & Johnson S.A. no era la de mero distribuidor (lo que resulta acreditado,

como advierte la sentencia recurrida, tanto por su objeto social como por ser quien aparece exclusivamente como adjudicataria de los concursos de los hospitales), sin que se haya sugerido siquiera por el recurrente que Johnson & Johnson S.A. participara en la decisión de puesta en circulación de las prótesis o que, por el contrario, DePuy International Ltd. decidiera concurrir a las adjudicaciones para suministrar sus prótesis en los hospitales españoles. Ha quedado probado en la instancia que DePuy International Ltd., empresa que pertenece al mismo grupo que Johnson & Johnson S.A., existía como fabricante desde antes de su adquisición por el grupo, fue la única que desarrolló todas las funciones de fabricante antes de comercializar las prótesis y quien, con posterioridad, ha procedido en exclusiva a su retirada voluntaria y recogida para su análisis.

En consecuencia, el primer motivo se desestima.

3.- Fundamentación del segundo motivo. El segundo motivo denuncia infracción del art. 4.1, d) de la Ley 22/1994, de 6 de julio de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Sostiene que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia sobre la doctrina de los propios actos y justifica el interés casacional mediante la cita de las sentencias 654/2015, de 19 de noviembre, y 187/2015, de 7 de abril.

En el desarrollo del motivo argumenta que la apariencia generada por la inclusión de nombres y signos en productos, envoltorios o cualquier otro elemento de presentación obliga, en virtud de la doctrina de los actos propios, a mantener, por la confusión operada en el público, todas las consecuencias que de ello se derivan, en especial, la imputación de responsabilidad. Razona que Johnson and Johnson ha diseñado una imagen basada en la creación de una imagen de marca pero que trata de contradecirla cuando se le exige responsabilidad, haciendo aparecer como sujetos distintos al fabricante y al distribuidor mediante el artificio de interponer personas jurídicas diferentes con el fin de evitar la imputación.

Alega también que el art. 4.1.d) de la Ley 22/1994 permite equiparar al fabricante a quien, como en el caso presente, ha incorporado su nombre o signo distintivo junto al del fabricante. Explica que, en el momento de decidir la implantación de una prótesis, los médicos no hacen referencia a DePuy, sino a Johnson and Johnson, pues el paciente lo identifica con un renombre y garantía, como marca fiable, de modo que se produce confusión entre los consumidores.

El motivo va a ser desestimado por lo que se dice a continuación.

4.- Desestimación del segundo motivo. En el desarrollo del motivo se contienen referencias a algunos argumentos que han sido objeto de análisis en el primer motivo del recurso y sobre los que no vamos a volver aquí. Así, a la existencia de confusión entre las empresas del grupo que, en el caso, por lo demás, caso de existir, se hubieran disipado cuando el distribuidor identificó al fabricante.

Por otra parte, si bien el recurso invoca la doctrina de los actos propios en relación con el art. 4 de la Ley 22/1994 hay que observar que, en la hipótesis de que debiera considerarse que Johnson and Johnson S.A. es un "productor aparente", sería innecesario acudir a una doctrina basada en el principio general de la buena fe, puesto que existe una norma expresa que establece cuándo responde como productor quien, sin ser realmente fabricante, se presenta al público como tal, haciendo creer que él es el productor, al comercializar los productos con su marca (arts. 3 de la Directiva 85/374 y 4 de la Ley 22/1994; en la actualidad, art. 5 TRLGDCU). Esta es la verdadera cuestión jurídica que se plantea en este motivo del recurso, si Johnson and Johnson S.A. debe responder como productor aparente.

Establece el art. 3 de la Directiva 85/374 que "se entiende por "productor" la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto". El art. 4.1.d) de la Ley 22/1994, al trasponer la Directiva, estableció que, a efectos de la ley se considera fabricante a "cualquier persona que se presente al público como fabricante, poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o de presentación".

La responsabilidad de quien se presenta como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo se dirige a facilitar la reclamación de los perjudicados, que pueden legítimamente confiar en la información que proporciona el propio producto acerca de la identidad del fabricante y no se verán obligados a averiguar quién es el auténtico fabricante. Supone también un estímulo para que las empresas que comercializan como propios productos que en realidad son elaborados por sus suministradores incentiven las exigencias de seguridad, ya que van a responder como consecuencia

de la confianza que ha podido suscitar la apariencia de su presentación como fabricante.

Es presupuesto de la responsabilidad del "productor aparente" no solo que el nombre, la marca o el signo distintivo de la empresa figure en el producto o en su embalaje, sino que es preciso que lo identifique como productor ("aquella persona que se presente como productor", "que se presente al público como fabricante"; como dice ahora el art. 5 TRLGDCU, "que se presente como tal").

En el caso debemos compartir la valoración de la Audiencia, pues no puede considerarse que la inclusión en las etiquetas y en los contenedores de las prótesis del nombre del fabricante en el que se hace referencia a que es una empresa del grupo Johnson and Johnson (DePuy, e infrascrito en letra pequeña "a Johnson and Johnson Company") haya creado la apariencia de que la fabricante es Johnson and Johnson S.A., filial española del mismo grupo. Además de que se trata de un producto que no es adquirido directamente por los usuarios y que se implanta por intermediarios expertos, hay que observar, a la vista de los hechos probados y de las propias alegaciones del recurrente, que resulta con claridad que en las adjudicaciones a los hospitales, en las alertas de retirada, en el aviso de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, es DePuy International Ltd. quien aparece como fabricante, de acuerdo con las normas reglamentarias que exigen la perfecta identificación del fabricante de los productos sanitarios e implantes.

Enlazando con lo anterior, el recurrente utiliza en apoyo de la aplicación al caso de la doctrina del productor aparente el argumento de que los médicos, cuando informan a sus pacientes sobre la implantación de una prótesis, no se refieren a DePuy sino a Johnson and Johnson, por el prestigio del nombre. Este razonamiento, sin embargo, no permite considerar a la empresa española que distribuye como productor aparente. La tesis del recurrente se basa en la hipotética apariencia de fabricante que hubiera podido crear un tercero, el profesional sanitario que utiliza el producto en la prestación de un servicio médico y con ocasión de la obtención del consentimiento informado. De ser así se estaría considerando relevante la conducta de un tercero, cuando en las normas sobre el productor aparente lo decisivo es que se equipara al productor a quien se presenta a sí mismo como tal.

La sentencia recurrida, por tanto, al no considerar a Johnson and Johnson S.A. como productor aparente no ha infringido el art. 4 de la Ley 22/1994, y debe ser confirmada».

*\*En la reproducción literal de los textos jurisprudenciales se ha revisado en lo posible -sin afectar el sentido- algún elemento ortotipográfico para adecuarlo a las reglas generales.*