Roj: SAP NA 862/2003 - ECLI:ES:APNA:2003:862
Id Cendoj: 31201370032003100416
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Pamplona/Iruña
Sección: 3
Nº de Recurso: 15/2003
Nº de Resolución: 223/2003
Procedimiento: Recurso de apelación anterior LEC 2000
Ponente: AURELIO HERMINIO VILA DUPLA
Tipo de Resolución: Sentencia

***S E N T E N C I A Nº 223/2003***

Presidente

D. JUAN JOSE GARCIA PEREZ

Magistrados

D. **AURELIO** HERMINIO **VILA DUPLA**

D. JUAN MANUEL FERNANDEZ MARTINEZ

En Pamplona/Iruña, a 22 de septiembre de 2003.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el Rollo Civil de Sala nº 0000015/2003, derivado de los autos de Mayor Cuantía nº 0000563/2000, del Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Pamplona/Iruña; siendo parte apelante, Waukesha Engine Division/Dresser Industrial Products ,B.V., representado/a por el Procurador D/Dª Myriam Grávalos Soria y asistido/a por el Letrado D. Alvaro Mendiola Jimenez, y parte apelada, Ceramica Utzubar,S.A., representado/a por el Procurador Dª Yolanda Apezteguía Elso y asistido/a por el Letrado D/Dª Ricardo Garrido Knubben.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección, D. **AURELIO** HERMINIO **VILA DUPLA** .

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 13 de septiembre de 2.001, el referido Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Pamplona/Iruña dictó Sentencia en los autos de Incidente nº 256/2001 dimanante del Mayor cuantía nº 0000563/2000, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Que debo desestimar y desestima íntegramente la demanda interpuesta por la representaclon de Waukesha Engine División Dresser Industrial Products B.V. contra Cerámicas Utzubar S.A. debiendo en consecuencia desestimar la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. Todo ello con expresa condena en costas al demandante del presente incicente.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en término de cinco días a contar desde su notificación .

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo."

TERCERO.- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de la parte Waukesha Engine Division/Dresser Industrial Products, B.V..

CUARTO.- En el trámite del art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la parte apelada, Ceramica Utzubar, S.A., evacuó el traslado para alegaciones, oponiéndose al recurso de apelación y solicitando su desestimación, interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

QUINTO.- Con fecha 17 de octubre de 2.002, el referido Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Pamplona/Iruña dictó Sentencia en los autos de Mayor cuantía nº 0000563/2000, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Que desestimando las excepciones de falta de legitimación pasiva y de falta de litisconsorcio pasivo necesario y estimando íntegramente la demanda debo condenara y condeno a WAUKESHA ENGINE DIVISION/DRESSER INDUSTRIAL PRODUCTS, B.V. a que abone a CERAMICAS UTZUBARM, S.A. 2.218.577,26 euros (369.140.196 ptas.) mas intereses legales, así como las costas del procedimiento.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en término de cinco días a contar desde su notificación.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo."

SEXTO.- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de la parte Waukesha Engine Division/Dresser Industrial Products, B.V..

SEPTIMO.- En el trámite del art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la parte apelada, Ceramica Utzubar, S.A., evacuó el traslado para alegaciones, oponiéndose al recurso de apelación y solicitando su desestimación, interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

OCTAVO.- Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos a la Audiencia Provincial, previo reparto, correspondieron a la esta Sección Tercera, en donde se formó el Rollo de Apelación Civil nº 0000015/2003, señalándose el día 9 de junio de 2003 para su deliberación y fallo, habiéndose observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia por acumulación de asuntos pendientes de resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La presente apelación trae causa de la demanda interpuesta por la mercantil Cerámica Utzúbar, S.A., en adelante actora, contra la mercantil Waukesha Engine Division/Dresser Industrial Products, B.V., en adelante demandada, solicitando su condena a pagar la suma de 369.140.196 pesetas, más intereses y costas.

Como antecedentes de hecho necesarios para resolver las cuestiones planteadas en esta alzada, cabe mencionar los siguientes:

1º La actora es un empresa con sede en Echarri-Aranaz (Navarra), cuya actividad fundamental es la fabricación de ladrillo para la construcción.

La demandada es una empresa perteneciente al grupo industrial Dresser Equipment INC, integrada en el grupo Halliburton, holding empresarial de los Estados Unidos.

Se dedica a la fabricación de motores y generadores.

2º En el año 1996 la actora se planteó la posibilidad de ampliar su planta de cogeneración mediante la instalación de nuevos motores, a fin de producir la energía eléctrica necesaria para su proceso productivo y vender los excedentes a la red eléctrica, a través de convenios de cogeneración con la compañía eléctrica.

En dichos convenios se fija un precio por kilovatio aportado a la red y los requisitos de regularidad en la potencia suministrada, previéndose la imposición de penalizaciones a favor de la compañía eléctrica para el supuesto de incumplimiento del suministro pactado.

3º La actora solicitó presupuesto a varias empresas del sector, entre otras a la mercantil Wediber, S.A. (en adelante Wediber), única distribuidora oficial de los productos de la demandada en España y Portugal.

Tras estudiar las necesidades de la actora, Wediber formuló una primera oferta que fue rechazada.

El día 6 de junio de 1996 Wediber formuló una segunda oferta, dos módulos de cogeneración formados por 2 motores Waukesha 8L-AT27GL y el correspondiente alternador por un precio total de 156.621.000 pesetas, aceptada por la actora tras visitar las instalaciones de la demandada en Appigedam (Holanda).

Durante la visita los representantes de la demandada mostraron a los representantes de la actora el proceso de fabricación de los motores, dando todo tipo de explicaciones acerca de su rendimiento y demás características.

4º El contrato de compraventa se formalizó el día 5 de agosto de 1.996 entre Wediber y la actora.

Conforme a su cláusula 5ª los módulos de cogeneración gozaban de una garantía de un año desde su puesta en marcha, otorgada por la vendedora contra todo vicio o defecto de fabricación, ampliada por la demandada por un período de 5 años o 25.000 horas de funcionamiento para los elementos fundamentales del motor, conforme al anexo núm. 2 del contrato, documento denominado "Waukesha Express Limited Warranty", al que se hace remisión.

5º La puesta en marcha de los motores se produjo el día 10 de marzo de 1.997.

El rendimiento de los mismos fue adecuado durante las primeras 2.000 horas de funcionamiento.

En el mes de junio de 1.997 comenzaron a detectarse problemas en los motores, sucediéndose a partir de entonces las averías.

6º En el mes de septiembre de 1.998 se desplazó desde Holanda un técnico de la demandada para examinar el origen y el alcance de las deficiencias, elaborando un acta de la visita en la que proponía un plan de actuaciones, entre ellas la visita quincenal de los técnicos de Wediber (documento núm. 9 de la demanda).

El día 16 de febrero de 1.999 Wediber remitió un fax a la demandada en el que expresaba su "frustración" por los problemas que estaban dando los motores y la falta de instrucciones.

El motor núm. 2 se averió de forma definitiva el día 28 de abril de 1.999.

7º Una segunda visita de un representante de la demandada, su director de servicio, se produjo el día 30 de abril de 1.999, elaborándose otro informe (documento núm. 11 de la demanda).

La actora propuso la sustitución de los motores defectuosos por otros tres de menor potencia.

Por fax fechado el día 5 de mayo de 1.999 la demandada contestó que se estaba llevando a cabo un plan de rediseño de los motores para actualizarlos "conforme al estado del arte, garantizando su fiabilidad...", y advirtiendo que determinadas piezas deberían ser transportadas a Wisconsin (Estados Unidos) para poder investigar el origen del problema.

8º El día 20 de mayo de 1999 se rompió el turbo del motor núm. 1, incidencia que la actora comunicó a la demandada, haciendo hincapié en la gravedad de la situación y del perjuicio económico, así como en las penalizaciones por incumplimiento de su compromiso de cogeneración con Iberdrola.

Las partes acordaron una reunión de urgencia en las instalaciones de la demandada en Appingedam (Holanda), que tuvo lugar el día 22 de junio de 1.999, continuando las averías.

El motor núm. 1 quedó fuera de servicio el día 31 de agosto del mismo año.

9º La demandada, mediante fax fechado el día 13 de septiembre de 1.999 (documento núm. 30 de la demanda), insistió en su propuesta de rediseño, sosteniendo además que su única obligación frente a la actora era el cumplimiento de la garantía, documento "Waukesha Express Limited Warranty", por lo que no tenía obligación de indemnizar los perjuicios derivados del defectuoso funcionamiento de los motores, ni de sufragar los costes de desmantelamiento y transporte del motor hasta sus instalaciones en Holanda o Alemania, ni los de la operación inversa (transporte hasta Echarri Aranaz y posterior instalación).

10º Desde entonces, y hasta el mes de junio de 2.000, las partes efectuaron diversas reuniones y comunicaciones adoptando la fórmula de negociación "without prejudice", común en el derecho anglosajón, que compromete a las partes a no utilizar las informaciones y comunicaciones que se produzcan como consecuencia de la negociación en caso de que no llegue finalmente a buen término.

11º El importe de la indemnización reclamada por la actora ha sido calculado por la Asociación de la Industria Navarra (documento núm. 33 de la demanda).

Se incluyen como perjuicios las penalizaciones de la compañía eléctrica, las pérdidas de beneficios por no haber podido vender energía a la misma y por no recuperación de calor, así como la amortización de la instalación, tomando como punto de partida para su cálculo las horas de rendimiento proporcionado por los dos motores y la producción media alcanzada durante esas horas.

SEGUNDO: En la fundamentación jurídica de su demanda la parte actora manifiesta de forma expresa ejercitar alternativamente las acciones de responsabilidad extracontractual y contractual, alegando que la jurisprudencia acepta que el dañado pueda fundamentar su pretensión indemnizatoria, alternativa o subsidiariamente, en normas de una u otra responsabilidad, que descansan en el principio resarcitorio del daño causado, llegando a hablar del concepto de "unidad de culpa civil", con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1990 (RJ 30).

Y también de manera explícita dicha parte afirma en la demanda que su reclamación no es de garantía, es decir no se basa en el documento denominado "Waukesha Express Limited Warranty", sino que pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por un error en el diseño de los motores que los hacía inhábiles para su uso normal, habiendo demostrado la demandada su incapacidad para repararlos.

a) En lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual en primer lugar alega que la demandada, como todo fabricante, tiene la obligación de responder de la idoneidad de los productos que pone en circulación ex art. 1.902 CC, de manera que sólo quedaría "exenta de responsabilidad acreditando que el fallo que motiva la reclamación no le es en modo alguno atribuible, sino que se debe a la negligencia de la actora, a caso fortuito o fuerza mayor", conforme a la "paulatina evolución de la jurisprudencia para limitar la indefensión del perjudicado, a través de la inversión de la carga de la prueba y acentuación del rigor de la diligencia requerida".

En segunda lugar, invoca expresamente la aplicación por analogía del régimen de responsabilidad establecido en la Ley de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos, de 7 de julio de 1.994, y en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1.984, "pues así lo admite y reconoce el Tribunal Supremo", con cita de la sentencia de 26 de enero de 1.990 (RJ 69).

Finalmente, a juicio de la actora la responsabilidad extracontractual de la demandada se fundamentaría en que los daños fueron causados por su red comercial, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero (RJ 329), 10 de mayo (RJ 2678), 17 de julio de 1.986 (RJ 4571) y 26 de diciembre de 1.988 (RJ 9469).

b) En lo que concierne a la responsabilidad contractual, la actora sostiene que deriva de ser la demandada el "auténtico" vendedor de los productos que fabrica.

Argumenta en apoyo de su tesis que si bien el contrato de distribución o concesión mercantil se encuentra sancionado por la doctrina científica y la jurisprudencia, a menudo es utilizado por el fabricante para limitar su responsabilidad contractual frente al real destinatario del producto, lo que acaecería en el caso enjuiciado desde el momento en que la demandada "permite al distribuidor el uso de su nombre comercial y marcas registradas, le concede la exclusiva en el territorio, establece las características del mantenimiento que debe proporcionar, le facilita material publicitario para la promoción del producto frente a potenciales compradores y lo nombra distribuidor oficial y servicio técnico oficial", es decir, está utilizando como reclamo para los destinatarios del producto su reputación y buen nombre.

Por otra lado alega que la parte demandada participó en la operación de venta de forma directa, al invitar a la actora a realizar una visita a su fábrica de Holanda para mostrar el proceso productivo, los controles de calidad aplicados, las bondades del producto, así como su solvencia y reputación; habiendo intervenido dicha parte no sólo en la fase precontractual sino, también, al formalizar el contrato de compraventa en la medida en que Wediber debía plegarse a sus indicaciones según los términos del contrato de distribución que les une.

Y añade que va la demandada contra sus propios actos cuando no quiere responder por su falta de cumplimiento, si participó activa y directamente en la resolución del problema surgido con los motores.

TERCERO: Al seguirse el procedimiento por los trámites del juicio de mayor cuantía de la Ley Procesal de 1881, la demandada propuso como "excepción dilatoria" la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (art. 533 8), en base a la cláusula VI del documento denominado "Waukesha Express Limited Warranty".

Dicha cláusula se transcribe a continuación:

"Todas las disputas y reclamaciones entre las partes que surjan del presente Contrato o se relacionen con él se resolverán de buena fe por medio de una negociación entre un representante a nivel ejecutivo de cada una de dichas partes. Si bien no obstante, las partes no fueran capaces de llegar a un acuerdo, la disputa se resolverá por medio del arbitraje vinculante. Este arbitraje será administrado por la Asociación Americana de Arbitraje, de acuerdo con sus reglas de Arbitraje Comercial vigentes en ese momento. El arbitraje tendrá lugar en Milwaukee, Wisconsin, ante un árbitro. El arbitraje se hará en lengua inglesa. Serán aplicables las leyes de Tejas. El laudo arbitral podrá llevarse a ejecución en cualquier tribunal competente".

Tras la tramitación del correspondiente incidente, la excepción dilatoria fue desestimada por sentencia de 13 de septiembre de 2001 en base a tres argumentos.

-En primer lugar considera la juez de primera instancia que al basar la demandada su excepción en el documento denominado "Waukesha Express Limited Warranty" modificaba la causa de pedir, ya que la actora fundamenta la acción de responsabilidad contractual en el contrato de compraventa de fecha 5 de agosto de 1.996, cuya cláusula undécima contiene la sumisión de las partes a los Tribunales del comprador.

-En segundo lugar entiende que el citado documento carece de los elementos necesarios para constituir un contrato, ex art. 1261 CC, no teniendo "naturaleza independiente" porque "únicamente crea obligaciones para el fabricante", no identifica a la persona del comprador, "lo cual lo hace dependiente de otro documento en el que conste dicho dato", y tampoco determina cuál es su objeto, utilizando un término genérico como es "producto".

-Finalmente considera que el contenido de su cláusula VI, antes transcrita, "es a todas luces abusiva por recoger importantes limitaciones a los derechos de los compradores, no sólo en lo que a la cuestión ahora objeto de estudio se refiere sino también a otras cuestiones que escapan de la propia voluntad del fabricante como son el ámbito de responsabilidades o en su caso el plazo de la prescripción de la acción".

Recurre la demandada.

Los distintos argumentos que expone para apoyar su impugnación se examinan a continuación.

a) Alega, en primer lugar, que nunca ha pretendido modificar la causa de pedir, sino que los hechos expuestos por la actora en su demanda fueran subsumidos en el contrato de garantía celebrado por las partes, es decir, que la causa de pedir fuera resuelta de conformidad con lo convenido entre las propias partes litigantes, añadiendo que esta distinción entre la causa de pedir, que viene dada por la pretensión ejercitada por la actora y la subsunción, que corresponde al órgano jurisdiccional, ha sido reconocida, de forma uniforme y constante por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con cita de las sentencias de 28 de abril de 1.998 (RJ 1867) y 2 de febrero de 1.995 (730).

Esta alegación se estima.

Para resolver la "excepción dilatoria" propuesta debe partirse de los extremos fácticos que aparecen acreditados en el incidente tramitado para substanciarla ( art. 537, párrafo 2º, LEciv 1881), entre los que destaca que el contrato de compraventa de fecha 5 de agosto de 1996 esté firmado por la actora y Wediber, como vendedora, pero no por la demandada, por lo que "prima facie" la compradora no puede invocar frente al fabricante su cláusula undécima, ex art. 1.257 CC (los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos).

Por el contrario, no ofrece ninguna duda que la demandada redactó el documento denominado "Waukesha Express Limited Warranty", al que expresamente se hace referencia en la cláusula 5ª del contrato de compraventa.

En el mencionado documento la parte demandada, como fabricante de los módulos de cogeneración, se compromete a responder de su idoneidad y aptitud para ser usados conforme a lo pactado, asumiendo la obligación de repararlos o restituirlos en el caso de que sean inhábiles para su uso normal, y la acción resarcitoria ejercitada en la demanda precisamente se fundamenta en el incumplimiento de esa obligación, por lo que es legítimo que dicha parte oponga a la actora la cláusula de sumisión a arbitraje inserta en la garantía, lo cual nada tiene que ver con una modificación de la causa de pedir bien se considere que está constituida únicamente por los hechos alegados (teoría de la sustanciación) o por éstos y una determinada consecuencia jurídica en la que se subsumen (teoría de la individualización, seguida por las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1998 [RJ 9768] y 6 de abril de 1999 [RJ 2656]).

Uno de los requisitos más importantes de índole interna de la sentencia, lógica consecuencia del principio dispositivo, es el de la congruencia o correlación entre las peticiones hechas valer en el proceso y los pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de la sentencia; la incongruencia no deriva de los fundamentos, argumentos o razonamientos jurídicos utilizados ( SSTS 18 marzo 1993 [ RJ 2023]; 2 diciembre 1994 [RJ 9397]).

Por ello la toma en consideración por este Tribunal del documento denominado "Waukesha Express Limited Warranty" a efectos de resolver la excepción dilatoria que se examina no provoca incongruencia.

Es cierto que el principio "iura novit curia" no autoriza al órgano judicial a resolver con argumentos jurídicos tan ajenos a los suscitadas por las partes que produzca indefensión a alguna de ellas, lo que también constituye una excepción al principio general de congruencia de las sentencias absolutorias ( SSTS 10 de junio de 1993 [ RJ 5404]; 8 octubre 2001 [RJ 7547]).

Ahora bien; en todos los escritos de alegaciones las partes han hecho continuas referencias al documento en cuestión ("Waukesha Express Limited Warranty"), por lo que no se les ha podido causar indefensión.

La actora en su demanda expresamente manifiesta que la reclamación "no era de garantía", ni se basa en el mencionado documento, sino en el contrato de compraventa de fecha 5 de agosto de 1996, insistiendo en esta afirmación en su escrito de oposición al recurso que ahora se examina.

Sin embargo, el mencionado contrato de compraventa, se insiste, no está firmado por la demandada, por lo que no puede invocarse frente a la misma el pacto de sumisión expresa a los Juzgados de Pamplona; entender lo contrario sería tanto como conceder a una parte la facultad de imponer su propio fuero a la parte contraria por un mero ardid, lo que parece perseguir la actora al argumentar en apoyo de su tesis que la demandada "podrá oponerse a que se le atribuya la condición de vendedor de los motores..., pero no puede negar que se le reclama en tal concepto y que el contrato de compraventa de los motores contiene una cláusula en cuya virtud se someten las controversias a la jurisdicción de los Tribunales del comprador, esto es, a los de Pamplona".

También argumenta la actora que la parte demandada no explica "cómo debe subsumirse una acción de responsabilidad basada en la entrega de un producto inhábil (que determina el incumplimiento radical de las obligaciones del vendedor) en un documento de garantía", pero esta alegación pertenece al fondo del asunto y es ajena a la cuestión que ahora se examina; es decir, la pretensión ejercitada en demanda tendrá o no cabida en el documento denominado "Waukesha Express Limited Warranty", pero en todo caso dicho documento es el único que hace surgir obligaciones para aquella parte, pero no el contrato de compraventa de fecha 5 de agosto de 1996.

Y es que en este incidente, tramitado para substanciar la excepción dilatoria propuesta, no puede examinarse si, como alega la actora, era la parte demandada la "auténtica" vendedora de los módulos de cogeneración, sino que ha de estarse, "prima facie", a los efectos que despliega el contrato de distribución suscrito por dicha parte y Wediber, contrato caracterizado porque el fabricante conviene con otros operadores económicos la distribución y venta de un producto por cuenta y riesgo de aquéllos, haciéndolo así llegar al consumidor final ( STS 31 de octubre de 2.001 [RJ 227/2002]).

En todo caso, el hecho de que el distribuidor siga las instrucciones del fabricante, utilizando su marca y signos distintivos, es lo normal en el tráfico mercantil; por ello, tal hecho no puede ser considerado como demostrativo de la "actuación fraudulenta de la demandada", en contra de lo alegado por la actora.

b) En segundo lugar, la recurrente alega que la sentencia apelada incurre en otro error al afirmar que el documento denominado "Waukesha Express Limited Warranty", otorgado por la demandada, no tiene naturaleza contractual.

En apoyo de ese aserto realiza una extensa argumentación compartida por este Tribunal.

El hecho de que el citado documento únicamente cree obligaciones para el fabricante, o no identifique al titular de la garantía, ni determine su objeto, no priva al mismo de su condición de contrato.

Es propio de los contratos unilaterales que una sola de las partes contratantes asuma las principales obligaciones, por oposición a los contratos bilaterales.

Por otra parte la identificación de las partes del contrato y su objeto puede hacerse por remisión al contrato principal cuando se trata de contratos accesorios.

Lo decisivo es que concurren los requisitos esenciales establecidos en el art. 1.261 CC.

La actora prestó su consentimiento al contrato de garantía de la forma prevista en el art. 5.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, a cuyo tenor "las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepten por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes".

Así se desprende de la estipulación 5ª del contrato de compraventa de fecha 5 de agosto de 1996, cuyo contenido se transcribe a continuación.

"Los módulos de cogeneración vendidos gozan de una garantía de un año desde su puesta en marcha, contra todo vicio o defecto de fabricación. Dicha garantía incluye tanto las piezas como la mano de obra. Además, Waukesha, fabricante del motor, amplía la garantía hasta cinco años o 25.000 horas de marcha para los elementos fundamentales del motor. Se incluye como anexo nº 2 del presente contrato las condiciones de garantía de dicha firma".

Como alega la demandada, ahora recurrente, también deben valorarse los actos posteriores de la actora, demostrativos de haber conocido y aceptado la garantía.

Así, reclamó su cumplimiento en cuatro ocasiones, realizándose la reparación sin coste alguno.

Además hizo referencia en repetidas ocasiones a la garantía en las comunicaciones escritas que intercambió con la demandada.

-Fax fechado el día 30 de abril de 1.999 (documento núm. 11 de la demanda), enviado por Waukesha a Wediber, en el que se plasma el contenido de la reunión que el mismo día había celebrado con la actora, donde se discutieron las condiciones de la garantía.

-Fax fechado el día 6 de septiembre de 1.999 (documento núm. 28 de la demanda), en el que la demandada hace referencia a las piezas sobre las que recae la garantía y su plazo de duración.

-Fax fechado el día 16 de septiembre de 1.999 (documento núm. 31 de la demanda), a través del que la actora exigió a la demandada que los nuevos motores que fueran a sustituir a los averiados gozasen de la misma garantía.

-Fax enviado por la demandada a la actora en respuesta al anterior (documento núm. 32 de la demanda), comunicando que no podía aceptar las condiciones planteadas por exceder de las obligaciones contraídas.

Por ello resulta contrario a los actos propios de la actora que la sentencia apelada declare que la garantía ofrecida por la demandada, a la que se hace expresa referencia en el contrato de compraventa, carece de naturaleza contractual.

Se trata de un contrato de celebración obligatoria y con un contenido mínimo al que las partes prestan su consentimiento, sin necesidad de ser firmado por el comprador, conforme se desprende del art. 12. 3, párrafo 2º, de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista ("el vendedor en el momento de la entrega del bien extenderá por cuenta del fabricante o importador o, en su defecto, en nombre propio, el documento de garantía..."), de manera que el ejercicio de los derechos inherentes a la garantía se realiza por medio de la simple presentación del título, a requerimiento del fabricante.

Tampoco el art. 11 de la Ley 26/1.984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios exige que la garantía esté firmada, con independencia de no ser aplicable al caso enjuiciado.

Por otro lado, la garantía no carece de eficacia contractual porque esté fechada con anterioridad al día en que las partes firmaron el contrato de compraventa, ya que se redacta de forma uniforme para que pueda ser utilizada por cualquier comprador de los productos de la demandada y no caso por caso.

La actora ha venido sosteniendo lo contrario a lo largo del juicio.

Con cita, entre otras, de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1.975 (RJ 3408), insiste en que el documento denominado "Waukesha Express Limited Warranty" no tiene carácter contractual sino informativo, alegando que el art. 12 de la Ley del Comercio Minorista "impone al vendedor la obligación de extender un documento informativo de las facultades que corresponden al comprador para el ejercicio de su derecho a la garantía", que "la garantía es un derecho del comprador, no una prestación acordada por las partes, y el documento en que se plasma la garantía es un documento informativo, no un contrato que implique aceptación de condiciones por el comprador y, menos, aún, la renuncia a sus derechos", o, en fin, que "es ineficaz e inoponible para limitar la responsabilidad de la demandada, al tratarse de una oferta unilateral que en su condición de fabricante realiza a todos los compradores de su producto (documento estándar), cuyos derechos no puede limitar".

Ahora bien, no debe confundirse la declaración unilateral de voluntad, ni la promesa pública, con los actos unilaterales de una parte encaminados a la conclusión de un contrato, como la oferta; en este último caso hasta que no concurre la aceptación de la otra parte no nace la relación obligatoria; por el contrario una verdadera obligación contraída por mera declaración unilateral vincula desde el primer momento al declarante sin necesidad de aceptación, y correlativamente se inserta desde entonces, como un valor activo, en el patrimonio del acreedor, como es el caso de la promesa unilateral que a falta de regulación específica en el Código Civil debe regirse por los principios generales de la contratación, entre los que destacan el de la buena fe y el de la seguridad del tráfico jurídico, ex arts. 7 y 1258 CC ( STS 20 noviembre 1990 [RJ 8988]).

Basta tener en cuenta la forma de proceder en la contratación internacional de bienes de equipo para concluir que la garantía prestada por el fabricante no tiene encaje en la declaración unilateral de voluntad.

Efectivamente.

En un régimen de libre competencia los fabricantes de bienes de equipo compiten ofreciendo una garantía superior a la de sus competidores, pero hasta que el comprador no suscribe el contrato de

compraventa con el distribuidor, entre cuyos anexos suele incluirse la garantía, no surge ninguna obligación para el fabricante; no es por tanto la garantía una declaración unilateral de voluntad que vincule desde el principio al fabricante frente al potencial comprador, sino una oferta de la que no nace relación obligatoria alguna hasta que se perfecciona el contrato de compraventa.

c) En tercer lugar, la recurrente alega que la cláusula de sumisión a arbitraje no es abusiva.

También resulta convincente la argumentación que expone.

El criterio para determinar en qué casos debe calificarse de abusivo el contenido de las condiciones generales, tratándose de comerciantes, es el del respeto de los límites establecidos en las reglas generales del Derecho Civil.

Por ello, ex arts. 1255 y 1258 CC deben considerarse abusivas las condiciones generales que en contra de las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, atendiendo a las características específicas de la contratación entre empresarios, presidida por la aplicación del principio general de libertad de pacto, sobre la base de entender que el empresario prudente toma sus decisiones de inversión después de haber analizado las diferentes alternativas y sopesado las consecuencias de sus actos.

En la sentencia apelada se afirma que la cláusula de sumisión a arbitraje es abusiva, pero nada se argumenta.

Valoradas las circunstancias que se dan en el presente caso, contrato de garantía internacional sobre dos complejos motores de cogeneración de energía eléctrica alimentados a gas, no puede considerarse abusiva dicha cláusula, máxime si no constituye una estipulación insólita en la contratación internacional de bienes de equipo destinados a plantas industriales.

Como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001 (RJ 7526) "el denominado arbitraje internacional bien puede decirse que ha conocido el éxito debido a su necesidad, en razón a que el comercio internacional exige una seguridad y rapidez en las transacciones, así como la urgente solución de los conflictos mediante simples y a la par eficaces técnicas, eludiendo la complicación y la lentitud de las jurisdicciones estatales".

Pero es que, además, como también expone la citada sentencia, el tema relativo a la existencia y validez del convenio arbitral, requiere como dato previo determinar la ley aplicable.

Tanto el Convenio de Nueva York de 1958 (RCL 19771575 y NDL 2760), como el Convenio Europeo de Ginebra de 1961 (RCL 1968, 155, 641 y NDL 26103) han consagrado el principio de autonomía de la voluntad.

Por su parte, el art. 61 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, inspirada en la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa 12/1986, sigue el mismo principio al establecer que "la validez del convenio arbitral y sus efectos se rigen por la ley expresamente designada por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia...", lo que acaece en el caso enjuiciado ya que la conexión de la ley del Estado de Tejas con los módulos de cogeneración radica en haber sido fabricados en el citado Estado.

Y la validez de cláusulas de sumisión a arbitraje similares a la litigiosa ha sido reconocida por los tribunales norteamericanos, tal como acredita el documento núm. 15 aportado con el escrito de proposición de la excepción dilatoria.

Además, dichas cláusulas, que no son contrarias al interés o al orden público, ni perjudican a tercero ( art. 6 2 CC), encuentran amparo en el art. 22, 2º LOPJ, "a sensu contrario" ( STS 23 de julio de 2001, antes citada).

d) No obstante lo expuesto, existe una razón, no recogida en la sentencia apelada, pero sí apuntada por la parte actora, ahora apelada, para rechazar la excepción dilatoria propuesta por la demandada y, a consecuencia de ello, su recurso.

Según se desprende del artículo 6.2 de la Ley de Arbitraje, como del art. 2.2 del Convenio de Nueva York antes citado, lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de su voluntad inequívoca de someter las controversias a arbitraje, ex art. 3.2 de la citada Ley ( SSTS 1 junio 1999 [RJ 4284]; ( STS 13 marzo 2001 [RJ 3978]); 13 julio 2001 [ RJ 5222]; 18 marzo 2002 [RJ 2847]).

Por ello no debe existir ninguna duda sobre la renuncia de los contratantes a su fuero propio, lo que es un requisito exigido por la jurisprudencia, ex art. 57 LEciv 1881 ( SSTS 18 junio 1990 [ RJ 4764]; 18 de febrero de 1993 [RJ 1241]).

Concretamente, la primera de las citadas sentencias establece que "la sumisión expresa, como hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el Juez a quien se sometieren ( art. 57 LEC), ha de establecerse de manera clara, precisa, explícita y de modo bilateral, estando suscrita por quien renuncia a su fuero propio y designando al Juez a quien se sometiere, requisitos señalados por la jurisprudencia que, prima facie, no se cumplen si en un contrato de adhesión, firmado por ambas partes, tal cláusula figura en las condiciones generales unidas como anexo y a las que se refiere el contrato, pero que no aparecen firmadas por los interesados".

No otra cosa acaece en el caso enjuiciado.

En litigios como el presente, caracterizados por la existencia de dos contratos, el primero de compraventa, contrato principal suscrito por la actora, como comprador, y Wediber, como vendedor-distribuidor, en cuya cláusula undécima se someten las partes a los Tribunales del domicilio del comprador, el segundo de garantía, contrato accesorio cuyo clausulado fue redactado unilateralmente por la demandada, como fabricante, cuya cláusula sexta prevé la resolución de las controversias mediante arbitraje internacional, surgen dudas sobre la existencia de una real intención del comprador de renunciar a su fuero, valorado el contenido diametralmente opuesto de las cláusulas de sumisión recogidas en uno y otro contrato.

Argumenta la recurrente que si la acción resarcitoria ejercitada sólo puede fundarse en el contrato de garantía, no puede la actora cuestionar la parte del contenido de la misma que le perjudica.

Esto sólo es predicable de las cláusulas que recogen el contenido material de la garantía, pero no de aquéllas otras cláusulas ajenas al mismo, como lo es la cláusula de sumisión a arbitraje cuyos efectos son procesales.

La doctrina jurisprudencial mencionada por la recurrente ( SSTS 18 de diciembre de 1.995 [RJ 9.204] y 29 de junio de 1.995 [RJ 5.270]), recaída en supuestos en que una de las partes contratantes ostenta la condición de consumidor, aparte de haber sido superada por la más reciente jurisprudencia (véase, p.e. la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1997 [RJ 3840]), no contradice lo expuesto ya que se limita a señalar que no es un efecto de los contratos de adhesión que se considere nula la cláusula de sumisión expresa siempre que no haya "elementos que permitan descubrir una intencionalidad encubierta de que la cláusula pase desapercibida", lo que no puede decirse que acaezca en el caso enjuiciado por las razones expuestas.

A la misma conclusión cabe llegar a partir del Convenio de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, adoptado en Viena en 1990 (RCL 1991, 229 y RCL 1996, 2896) (Instrumento de Adhesión de España de 17 de julio de 1990, BOE de 30 de enero de 1991), que da notable importancia al principio de la buena fe, en el sentido que un contrato debe presentar aquel contenido que las partes podían esperar que tuviera, según la confianza razonable, principio éste que se quebraría si, como pretende la demandada, se diese virtualidad a la cláusula de sumisión a arbitraje inserta en el contrato de garantía.

CUARTO: En su escrito de contestación la demandada, tras alegar las excepciones de falta de legitimación pasiva y litisconsorcio pasivo necesario, se opuso a la pretensión resarcitoria de la actora.

La sentencia de 17 de octubre de 2002 rechaza las citadas excepciones y estima la demanda.

A continuación se exponen, de forma resumida, los argumentos recogidos en la sentencia apelada.

a) Excepción de falta de legitimación pasiva.

Para la demandada concurriría dicha excepción por no haber sido parte en el contrato de compraventa.

Desestima la juez de instancia dicha excepción porque, conforme a la jurisprudencia, cita la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1.990 (RJ 9926), no es la legitimación "ad causam" una cuestión de personalidad, sino que afecta al fondo de la cuestión para traducirse en la falta de acción o de poder de disposición sobre un derecho que es ajeno, "sin perjuicio de su examen posterior como cuestión de fondo".

b) Excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Fundamenta la demandada dicha excepción en no haber sido traída al proceso la vendedora.

Dicha excepción es rechazada por la juez de primera instancia en base a la siguiente línea argumental.

-Hace alusión a la doctrina jurisprudencial, citando, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2.000 (RJ 7717), relativa a que no basta la existencia de un mero interés en el resultado del litigio para que tengan que ser demandados todos los que acrediten el mismo.

-Afirma que "la característica más trascendente de esta doctrina, y que es de plena aplicación al supuesto contemplado en el presente procedimiento, donde estamos ante relaciones comerciales de la moderna economía en la que la intervención conjunta y sucesiva de fabricantes, concesionarios, representantes, empresas comerciales e instaladores, difuminan frente al perjudicado la identidad del agente último de la responsabilidad de los productos fabricados, es la de que el débito, o la prestación, viene constituido por la indemnización que han de abonar, a quienes hayan resultado perjudicados por sus actividades o la de las personas de quienes deben responder, lo cual impide que pueda prosperar en estos casos las excepción de litisconsorcio pasivo necesario, puesto que, como ya se ha señalado, es facultad del perjudicado en tales casos dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables del daño".

-Añade que la actora en su escrito de demanda "acumula acciones contra el demandado al ejercitar tanto la acción de responsabilidad contractual como la extracontractual", siendo por todo ello "evidente que no procede la estimación de la excepción alegada desde el momento que al ejercitarse acción de responsabilidad extracontractual no puede hablarse de litisconsorcio al darse en su caso una responsabilidad solidaria, y además el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual conlleva como hemos visto que en todo caso el efecto que esta sentencia cree es sólo de carácter reflejo o indirecto derivado de las relaciones internas que existan entre ellos".

c) Rechaza la alegación de la demandada, relativa a que en el caso de existir un vínculo contractual entre la partes debe ejercitarse antes la acción de responsabilidad contractual, argumentando que es postura unánimemente mantenida "ahora no sólo por nuestra jurisprudencia sino también por la doctrina" la que admite la yuxtaposición en el ejercicio de ambas acciones de responsabilidad, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2.001 (RJ 9857).

d) Responsabilidad contractual.

Rechaza su existencia ex art. 1.257 CC por no haber intervenido la demandada en el contrato de compraventa de 5 de diciembre de 1.996, sino la actora y Wediber, entidad mercantil con personalidad jurídica que actúa, como distribuidora de los productos de la demandada, en nombre propio.

e) En cuanto a la responsabilidad extracontractual.

Considera que no es posible acudir a la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios porque sólo incluye en esa categoría a las "personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes la producen, facilitan, suministran o expiden" (art. 1.2), excluyendo "a quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en el proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros" (art. 1.3).

Tampoco la Ley de Responsabilidad Civil por los Daños causados por Productos Defectuosos, aunque el concepto de perjudicado que contempla sea más amplio que el de la Ley 26/1.984, antes citada, ya que los daños cuya indemnización se pretende en la demanda afectan a bienes y servicios destinados al uso profesional o industrial inherente a la actividad desarrollada por la actora, no a su uso o consumo privado.

f) Tras citar el art. 15 de la mencionada Ley, precepto que establece la compatibilidad de las acciones reconocidas en la misma con "otros derechos que el perjudicado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante", sostiene que debe "examinarse la responsabilidad extracontractual del fabricante la cual tiene su origen inicialmente en que la actividad empresarial de la demandada conlleva la creación de un riesgo derivado de su propia peligrosidad (Cf. sentencias del TS de 28 de mayo y 5 de febrero ambas de 1996 y 30 de diciembre de 1.995 que así lo estiman cuando de empresas productoras de electricidad se trata), haciendo así aplicable la objetivación de responsabilidad por tal causa, que en la práctica se traduce en una presunción de culpa con desplazamiento a la citada de la carga de probar que agotó todas las precauciones y diligencias exigibles para evitar el daño".

Y concluye afirmando que "con independencia de la acción que se ejercite, para el éxito de la misma... ha de acreditar el daño, el origen del mismo, derivado de una conducta atribuible a la parte demandada y un nexo de causalidad entre ese daño y esta conducta, siendo, entonces, la parte demandada, en virtud de

la evolución doctrinal y jurisprudencial en orden a la objetivación, -aunque no en términos absolutos-, de la responsabilidad, y de socialización del riesgo, quien ha de acreditar que actuó con la diligencia debida".

g) Finalmente examina la prueba practicada, haciendo especial mención a los distintos informes periciales, y considera acreditado que "los motores... adquiridos por la actora... presentaban graves deficiencias achacables principalmente a problemas de diseño que ocasionaron serios fallos y averías en su funcionamiento excesivamente prematuras, siendo éstas únicamente imputables al fabricante tanto en lo que se refiere a su fabricación propiamente dicha como en su actuación posterior, expresamente aceptada al enviar técnicos propios y celebrar reuniones buscando soluciones a los problemas... ocasionando por ello graves perjuicios" a la actora, cuya cuantía también entiende acreditada.

Recurre la demandada.

QUINTO: Comienza su recurso la demandada reproduciendo la excepción de falta de legitimación pasiva.

Alega a tal fin que el supuesto en que el demandado niega ser parte del contrato en el que el actor funda su acción es tratado por la jurisprudencia "uniforme y constante" como cuestión jurídico- formal.

Añade que conforme a dicha jurisprudencia la distinción entre la excepción de falta de legitimación "ad processum" y la excepción de falta de legitimación "ad causam", permite diferenciar, en el caso de las acciones contractuales, como la ejercitada por la actora, entre aquellas excepciones en que el demandado niega haber sido parte del contrato (falta de legitimación "ad processum") y aquellas excepciones en que niega haber incumplido el contrato del que reconoce ser parte, falta de legitimación "ad causam", siendo la primera una excepción procesal mientras que la segunda de fondo.

Cita las sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1.995 (RJ 7185) y la sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 23 de enero de 2.001 (AC 649).

Estas alegaciones no pueden acogerse.

Las sentencias citadas en el recurso en absoluto confirman la tesis defendida por la apelante.

Debe ratificarse el criterio de la juez de instancia por recoger la doctrina jurisprudencial aplicable, la cual considera excepción de fondo y no procesal la negativa del demandado a haber intervenido en el contrato, reservando la excepción procesal ("falta de legitimación "ad processum") para los supuestos de ausencia de algún presupuesto procesal ( SSTS 24 mayo 1991 [ RJ 3787]; 28 marzo 1993 [RJ 2027]).

También reproduce la demandada la excepción de litisconsorcio pasivo necesario respecto a la acción de responsabilidad contractual, insistiendo en que dicha acción se funda en el contrato de compraventa de 5 de agosto de 1.996, en el que son partes, tal como resulta de la simple lectura del mismo, la actora y Wediber, por lo que ésta debió ser traída al proceso.

Añade que la jurisprudencia ha rechazado que pueda existir una relación de solidaridad entre quien incumple el contrato y el tercero que daña sin mediar contrato, ya que respecto al perjudicado el primero comete infracción contractual y, el tercero, infracción extracontractual, de manera que no existe una concurrencia causal única en la producción del hecho dañoso y pueden individualizarse los distintos comportamientos que han intervenido en su causación, citando, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1.987 (RJ 2485) y 17 de junio de 1.989 (RJ 4347).

Estas alegaciones se acogen en parte y con ello la excepción invocada.

Es evidente que el examen de las acciones fundadas en un contrato requiere que todos los que intervinieron en el mismo se hallen presentes en el proceso.

Desde luego esto es lo que se desprende de la doctrina jurisprudencial mencionada en la sentencia apelada, pues siendo cierto que no basta que una persona tenga un mero interés en el resultado del litigio para que sea necesario demandarla, en el caso enjuiciado el interés de Wediber es directo como interviniente en el contrato de compraventa invocado por la actora para fundamentar la responsabilidad contractual de la demandada, y así viene a declararlo la jurisprudencia.

En concreto la sentencia del Tribunal Supremo de 17 marzo 1990 (RJ 1705) establece que "en los supuestos de acciones relativas al nacimiento, vicisitudes y extinción de los contratos no pueden los Tribunales pronunciarse cuando no figuran en la litis las personas que en tales contratos actuaron como partes o sus causahabientes", siendo esta excepción apreciable de oficio por los Tribunales en cualquier momento del proceso.

Alega la actora en su escrito de oposición al recurso que "no hay litisconsorcio por ser uniforme la jurisprudencia en punto a la posibilidad de que el dañado pueda fundamentar jurídicamente su demanda de indemnización, alternativa o subsidiariamente, trayendo a colación tanto las normas de responsabilidad contractual como las de responsabilidad extracontractual, sin que ello vulnere el principio de congruencia procesal".

No tiene en cuenta que una cosa es la teoría de la unidad de la culpa civil asumida por la jurisprudencia, conforme a la que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, y otra bien distinta que ese ejercicio acumulado de acciones pueda realizarse sin observar los requisitos jurídicos formales propios de cada acción, entre los que se encuentra, tratándose de la acción de responsabilidad contractual, traer al proceso a todas las personas que hayan intervenido en el contrato, pues las mismas, se insiste, se ven afectadas de una manera directa y no "refleja" por la sentencia que se dicte, debiendo por tanto rechazarse los argumentos esgrimidos por la actora en su escrito de oposición al recurso cuando insiste en que "el éxito o fracaso de la pretensión no afecta a ningún tercero ajeno a la relación procesal y, desde luego, no existe riesgo alguno de obtenerse sentencias contradictorias caso de ser demandado Wediber en procedimiento aparte".

Pero es que, además, dicha parte reconoce implícitamente que el régimen jurídico procesal de una y otra clase de responsabilidad es diferente cuando se remite a "la sobradamente conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo que excluye la situación litisconsorcial cuando lo que se reclama es la responsabilidad civil extracontractual".

Y la actora incide en el mismo error cuando alude a la solidaridad impropia.

A diferencia de la solidaridad propia (la que viene impuesta, con carácter predeterminado, "ex voluntate" o "ex lege" de conformidad con los arts. 1.137 y s CC), la solidaridad impropia surge de la sentencia y se trata de una figura que admite la jurisprudencia "por la necesidad de salvaguardar el interés social en supuestos de responsabilidad extracontractual (ilícito civil, arts. 1902 y s. CC) cuando hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad y ante la imposibilidad, en estos casos, de establecer cuotas ideales de participación en la responsabilidad" ( SSTS 14 marzo 2003 [ RJ 3645]; 5 junio 2003 [RJ 4124], 21 octubre 2002 [ RJ 8770]; 23 junio 1993 [RJ 4722]).

Sin embargo, no cabe acudir, como parece hacerlo la juez de primera instancia, a la solidaridad impropia, inexistente antes de la sentencia que la declara como "mecanismo equilibrador en favor del tercero víctima del daño acaecido en aras de la seguridad social y pública", para eludir la necesidad de llamar a todos los intervinientes en el contrato de compraventa, cuyo incumplimiento fundamenta la acción de responsabilidad civil contractual ejercitada.

SEXTO: En su escrito de oposición al recurso la actora reitera la argumentación jurídica esgrimida a lo largo del juicio, a saber, por un lado, que las acciones ejercitadas son la de responsabilidad civil contractual y extracontractual, no de garantía, por cuanto pretende la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de la "inhabilidad" de los motores, no su reparación, máxime si los "hechos habían demostrado sobradamente" que los técnicos de la demandada eran incapaces de efectuarla; por otro lado, que la responsabilidad contractual de la demandada derivaría de ser vendedora de un objeto inútil y, por tanto, distinto de lo pactado (aliud pro allio), ex arts. 1101 y 1124 CC; finalmente, que la responsabilidad extracontractual de la demandada se ampara en los arts. 1902 y concordantes del Código Civil, así como en la aplicación analógica de los principios informadores de la Ley de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos, de 7 de julio de 1994, y aún de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que señalan "inequívocamente el deber del fabricante de responder de la idoneidad del producto que pone en circulación".

Al haberse estimado la excepción de litisconsorcio pasivo necesario no es posible examinar la acción de responsabilidad contractual basada en el contrato de compraventa suscrito entre la actora y Wediber.

Por otro lado, como se sostiene en la sentencia apelada, la responsabilidad extracontractual de la demandada no puede tener amparo ni en las mencionadas normas, ni en el art. 1903 CC, por las razones que se pasan a exponer.

1º La Disposición Final 1ª de la Ley 22/1994, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos excluye, de forma expresa, la aplicación de los arts. 25 y siguientes de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En cuanto a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1990 (RJ 69), citada por la actora en su demanda, sólo hace una referencia "obiter dicta" a la mencionada Ley ("muestra un criterio digno de tenerse en cuenta" se dice en esa sentencia), pero en clara referencia al supuesto de hecho que enjuicia (fallecimiento por electrocución), por lo que no es cierto que propugne la aplicación analógica a los daños sufridos por quienes no ostentan la condición de consumidores.

2º La jurisprudencia condiciona la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudirse para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados, ( STS 20 febrero 1998 [RJ 639]), o, lo que es lo mismo, en palabras de las sentencias de 7 de enero [RJ 33] y 3 de abril de 1981 [RJ 1477]) es condición necesaria que el supuesto específico carezca de regulación normativa, además de que la norma que se pretende aplicar, por su identidad de razón sea lo suficientemente expansiva, interpretada correctamente en su finalidad, hasta el punto de permitir esa aplicación.

Dichos requisitos no se dan en el caso enjuiciado.

No existe ninguna laguna legal.

La responsabilidad civil extracontractual está regulada en los arts. 1902 y siguientes CC.

Como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios su finalidad es proteger "mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".

Sin embargo, como antes se indicó, la contratación entre empresarios está presidida por la aplicación del principio general de libertad de pacto.

Por su parte la Ley de Responsabilidad Civil por los Daños causados por Productos Defectuosos, aunque tiene un ámbito subjetivo más amplio, lo que pone de relieve la juez de primera instancia, se refiere únicamente a daños personales o determinados daños materiales causados en bienes o servicios destinados para el propio consumo, al transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio (Boletín Oficial L-210/29, de 7 de agosto de 1985. Anexo I).

Dicha Directiva había recogido por primera vez el principio de la responsabilidad objetiva del fabricante, en base a que, como se lee en su Exposición de Motivos, "únicamente el criterio de la responsabilidad objetiva del productor permite resolver el problema, tan propio de una época de creciente tecnicismo como la nuestra, del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna".

Ahora bien, a la hora de definir al producto defectuoso el art. 3 de la Ley (art. 6.1 Directiva) lo define como aquel "que no ofrezca la seguridad que cabría legalmente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación".

Esta delimitación del concepto de defecto es consecuencia directa de la finalidad perseguida, cual es la de eliminar riesgos al consumidor y no la de garantizar la utilidad del producto.

Lógica consecuencia de esa finalidad es que el art. 10 de la Ley (art. 9 de la Directiva) sólo incluye en el régimen de responsabilidad previsto los supuestos de muerte y lesiones corporales, así como los daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso, siempre que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privados y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por el perjudicado.

Por tanto, se distingue entre daños personales y materiales, y la protección que se dispensa es sensiblemente distinta.

Mientras que todo daño consecuencia de la muerte o de las lesiones queda cubierto, tanto si constituye daño emergente como lucro cesante, dentro de los daños materiales se distinguen los sufridos por el producto mismo, los causados a los bienes empresariales y los provocados en bienes de consumo, siendo sólo estos últimos los que han de ser resarcidos, entendiéndose por daños materiales los causados a una cosa, por lo que sólo se contempla el daño emergente pero no el lucro cesante.

La razón por la cual se excluyen del ámbito de protección a los daños en productos empresariales (comprenden los bienes utilizados en el ejercicio de una empresa o de una profesión y, como se desprende del art. 10, tienen tal carácter tanto si se utilizan para tal fin, aunque objetivamente sean bienes de consumo privado, como si siendo objetivamente empresariales se utilizan para el consumo privado), es la finalidad de la

Ley que, como ya se ha indicado, es proteger a los consumidores frente a los daños causados en su persona o en sus bienes por los productos puestos en circulación, no la de proteger el tráfico empresarial.

Por lo que se refiere a los daños en la propia cosa defectuosa, no se incluyen en la medida en que se entiende que lo que procede es la aplicación de las normas de la compraventa.

No se aprecia, por tanto, concurra semejanza entre los supuestos regulados en la Ley de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos y el que ahora se enjuicia, caracterizado porque la actora no reclama una indemnización por daños personales, ni por daños materiales que afecten al producto vendido o a otros bienes suyos o de terceros, sino por otro tipo de daños, como son el lucro cesante y el perjuicio derivado de las penalizaciones impuestas por la compañía eléctrica.

Como sostiene la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988 (RTC 148), la analogía es una operación jurídica que exige "mesura" y "ponderado" uso.

3º También es rechazable la tesis de la actora que trata de derivar la responsabilidad extracontractual de la demandada de culpa "in vigilando".

Ni siquiera responde a dicha tesis las sentencias que cita.

Así, la sentencia de 10 de mayo de 1986 (RJ 2678) establece que "a tenor del artículo 1903 del Código Civil la obligación de reparar el daño causado por culpa o negligencia, es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino también por los de aquellas personas de quienes se debe responder, y esta responsabilidad por hecho ilícito ajeno, que tiene su fundamento en una presunción de culpa in eligiendo o in vigilando o, incluso, en la creación de un riesgo, requiere como presupuesto inexcusable, en la hipótesis del párrafo 4.º del citado precepto, que exista una relación jerárquica o de dependencia, más o menos intensa según las situaciones concretas, entre el ejecutor causante del daño y la empresa o entidad a quien se exige la responsabilidad".

Esa relación de dependencia no se ha probado que exista entre Wediber y la demandada, ni le corresponde a ésta la "vigilancia, intervención, control o cierta dirección en los trabajos" efectuados por aquélla ( STS 2 de noviembre de 2001 [RJ 9641]) pues, como ya se indicó al examinar la excepción de sumisión a arbitraje, la característica fundamental del contrato que les unía, contrato de distribución, es la actuación autónoma del distribuidor.

Insistió la actora en el escrito de réplica en que la demandada imponía a Wediber "las pautas de actuación comercial, de venta, montaje y mantenimiento", percibiendo una comisión por vender determinados productos, aparte de publicitar sus productos sobre la base de la capacitación de su red agencial, pero estos datos fácticos no desvirtúan, se insiste, la esencia del contrato de distribución, cual es la actuación del distribuidor en el tráfico jurídico como empresario independiente.

Precisamente este Tribunal en anteriores sentencias ha tenido ocasión de referirse al "inevitable" sometimiento de los distribuidores a las directrices del fabricante, justificado por "las necesidades de distribución", que no se limitan a la venta por ser necesario, además, "asegurar un servicio de postventa adecuado al producto, consistente en ofrecer servicio de mantenimiento y reparación, así como de venta de piezas de recambio de la marca", siendo el contrato de distribución "un contrato de adhesión porque en la práctica el fabricante establece una compleja serie de órdenes e instrucciones, en protección del producto o servicio y prestigio de la marca, que claramente disminuyen la presunta independencia de los concesionarios", instrucciones que a su vez trasladan a sus clientes (S núm. 266/2003 [Rollo Civil de Sala 18/2003]).

En definitiva, el contrato de distribución es el mecanismo ordinario de comercialización de bienes, actuando los distribuidores por su cuenta y riesgo en la actividad principal que realizan (reventa de los productos), aunque, como en el caso enjuiciado, se prevea el cobro de comisiones cuando prestan servicios accesorios.

La actora llega a sugerir la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

Pero dicha doctrina, creación de la jurisprudencia norteamericana, con intención de averiguar lo real en una evolución de determinada persona jurídica que pueda implicar una frustración de los derechos de terceras personas, sean físicas o jurídicas, plenamente aceptada por la jurisprudencia española, ha de aplicarse de manera prudente y cautelosa ( STS 22 julio 1998 [RJ 6197]), siendo lo cierto que no se ha probado que Wediber sea una sociedad "pantalla" creada por la demandada para eludir su responsabilidad.

SÉPTIMO: Resta por examinar si la responsabilidad extracontractual de la demandada tiene acomodo en el art. 1902 CC.

Así parece entenderlo la juez de primera instancia, aunque no dé a juicio de este Tribunal argumentos convincentes.

La teoría de la responsabilidad civil por riesgo conduce a resultados cuasi-objetivos, pero su aplicación exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios ( SSTS 20 marzo de 1996 [ RJ 2244]; 23 diciembre 1997 [ RJ 9343]; 2 marzo 2000 [ RJ 1304]; 6 noviembre 2002 [RJ 9637]); se trata de riesgos no completamente controlables (p.e., tenencia de animales, explotación de ferrocarriles, tenencia de vehículos de motor, tráfico aéreo, instalaciones productoras de energía nuclear), encontrando su fundamento en que quien se beneficia del riesgo creado debe cargar con la responsabilidad de los daños que pueda causar.

La apreciación del riesgo debe determinarse en relación con los presupuestos fácticos integrados en la "causa petendi" de la acción ejercitada, por lo que si bien los módulos de cogeneración fabricados por la demandada pueden constituir elementos determinantes de riesgo grave en ciertas circunstancias, obviamente no lo constituían en el supuesto ahora enjuiciado, al que no es de aplicación la doctrina de las sentencias citadas por la juez de primera instancia, referidas a riesgos derivados de tendidos eléctricos.

Por ello, se acogen las alegaciones que realiza la recurrente cuando sostiene que no es aplicable la teoría de la responsabilidad por riesgo, haciendo hincapié en la contradicción en que incurre la sentencia apelada cuando funda la responsabilidad de la demandada en su condición de fabricante de los motores, si previamente ha descartado la aplicación de la Ley de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos.

A lo que ha de añadirse que la cita que se realiza en la sentencia apelada del art. 15 de la mencionada Ley, transcripción del art. 13 de la Directiva 85/374/CEE, no refuerza la tesis mantenida en dicha sentencia, consistente en aplicar al caso enjuiciado la responsabilidad por riesgo, porque el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencias de 25 de abril de 2002 (JUR 120912, 120913 y 120920), que resolvieron las demandas presentadas por la Comisión de las Comunidades Europeas contra las Repúblicas Francesa (asunto C-52/00) y Helénica (asunto C-154/00), así como la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Oviedo (asunto C-183/00), sentó como doctrina que el nivel de protección de la citada Directiva, por ende de la Ley de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos, sólo podía ser superado por una regulación de la responsabilidad contractual o de la responsabilidad extracontractual no basada en criterios objetivos, esto es, fundamentada en la responsabilidad por culpa.

Tampoco la actora concretó en sus escritos de alegaciones las razones que le asisten para residenciar en el art. 1902 CC su reclamación resarcitoria.

En la demanda se limita a traer a colación la opinión doctrinal relativa a que "si quien es dañado por el uso o consumo de un producto lo ha adquirido de un comerciante o distribuidor, y dado que entre el perjudicado y el productor no ha habido relación contractual alguna, la norma a aplicar, en principio, es la de la responsabilidad extracontractual, consagrada en el artículo 1902 del Código Civil"; pero el problema que se plantea no es ese, siendo obvio que si no existe relación contractual el perjudicado sólo puede reclamar la indemnización en base a las normas de la responsabilidad extracontractual.

Las cuestiones a resolver son otras.

La primera si tiene cabida en la responsabilidad civil extracontractual la reclamación de la actora, ya que no pretende ser resarcida por daños personales o materiales, propiamente dichos, derivados del defectuoso funcionamiento de los motores, sino que los conceptos indemnizatorios giran en torno al lucro cesante, capital pendiente de amortizar y penalizaciones de la compañía eléctrica; es decir, debe determinarse si el fabricante tiene la obligación de indemnizar al comprador los daños y perjuicios que se le hayan irrogado por el defectuoso funcionamiento del producto, cuando no se trata de daños personales, ni siquiera de daños materiales (daño emergente) que afecten al producto vendido o a otros bienes del comprador o de terceros, sino de otro tipo de daños, como es el lucro cesante, o el perjuicio derivado de las penalizaciones impuestas por la compañía eléctrica.

La segunda si la existencia de una garantía prestada por el fabricante, cuya naturaleza contractual es innegable por las razones expuestas en el fundamento de derecho 2º de nuestra sentencia, impide al comprador reclamar en base a la responsabilidad extracontractual.

Este Tribunal considera que la pretensión indemnizatoria de la actora no tiene amparo en el art. 1902 CC, atendidos los concretos daños reclamados.

Mediante el contrato se trata de promover la voluntaria asignación de riesgos en una sociedad que se autorregula libremente, mientras que la responsabilidad extracontractual asigna riesgos de acuerdo con las valoraciones de la comunidad por decisión de la Ley o de los Tribunales desarrollando los principios.

A esta característica propia de la responsabilidad civil extracontractual también se ha referido la jurisprudencia.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1997 (RJ 2985) establece que para "imputar la culpabilidad como consecuencia de determinada conducta o actividad se requiere la concurrencia", entre otros, de un "elemento subjetivo representado por un hacer u omitir algo que se encuentra fuera de las normas de cautela y previsión establecidos por el ordenamiento y socialmente aceptados", haciendo hincapié en que para la aplicación de esas normas han de tenerse en cuenta "los principios de la previsión del riesgo que puede derivar del empleo del medio productor del evento".

La responsabilidad de los fabricantes se fundamenta en la posición relevante que mantienen en el moderno tráfico de bienes; su posición central es tal que interfiere de forma creciente en el proceso de distribución; ello en detrimento del comerciante, cuya posición pierde paulatinamente relevancia debido a la estructura del proceso de fabricación; ha pasado de ser un especialista de los productos que vende a ser un profano, ya que los procesos de fabricación le resultan desconocidos.

Por ello, se ha ido abriendo paso la idea de que es el fabricante, sea parcial o final, quién debe responder de los productos dañosos, ya que es el único que está en condiciones de prevenir y evitar el daño, así como de cubrir su coste a través del seguro.

Ahora bien, esta obligación del fabricante no puede configurarse de una manera tan rigurosa que se le haga responder no sólo de la seguridad del producto fabricado sino también, sin límite alguno, de su utilidad, que es lo pretende la actora y acoge la sentencia apelada.

No existe base legal para ello.

Como antes se indicó, la propia Ley de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos realiza una delimitación del concepto de "producto defectuoso" de conformidad con la finalidad perseguida, cual es la de eliminar riesgos al consumidor y no la de garantizar la utilidad del producto; es decir, el concepto de defecto no se relaciona con la ausencia de utilidad, sino con la de seguridad, con la peligrosidad, siendo un producto defectuoso si no ofrece la seguridad que legítimamente se puede esperar del mismo.

Por su parte la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (BOE 11 julio 2003, núm 165) establece en su art. 10 que cuando "al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los bienes con el contrato de compraventa, podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del bien", y añade en su disposición Adicional que el "comprador tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad", por lo que tampoco instaura la responsabilidad absoluta del fabricante, sino limitada a daños y supuestos concretos.

OCTAVO: A juicio de este Tribunal la otra cuestión planteada merece una contestación afirmativa por las razones que se pasan a exponer.

El principal criterio de distinción entre uno y otro tipo de responsabilidad civil a que se refiere la jurisprudencia, p.e. STS 10 junio de 1991 (RJ 4434), es que la responsabilidad extracontractual presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, salvo el deber genérico, común a todos los hombres, del "alterum non laedere", mientras que la contractual presupone una relación preexistente -generalmente un contrato- entre el responsable y la víctima del daño.

No obstante existen situaciones en las que, en rigor, es difícil establecer si el daño es consecuencia del incumplimiento de una prestación inherente a la relación contractual o no, esto es si una de las obligaciones derivadas del contrato era cabalmente la de no causar el tipo de daños efectivamente producidos o, por el contrario, si el contrato tan sólo ha servido de marco a una actividad generadora de daños, cuya evitabilidad se configura como una obligación más genérica, de dimensiones claramente extracontractuales.

Esta problemática sin duda puede suscitarse, como acaece en el caso enjuiciado, en la órbita del contrato de garantía, especialmente en el supuesto de cumplimiento defectuoso.

El daño que puede resultar en tal caso tiene una doble vertiente; de una parte, el propio minusvalor de la cosa adquirida; de otra, los perjuicios que se hayan podido ocasionar al adquirente como consecuencia del vicio, como por ejemplo la pérdida de la propia cosa, la muerte o lesiones.

En la mayor parte de pronunciamientos la jurisprudencia se ha decantado por excluir la aplicación de la responsabilidad contractual haciendo aplicación de la doctrina de que "no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial" ( STS 9 de marzo de 1983 [RJ 1463]).

Ahora bien, en el caso enjuiciado los perjuicios cuyo resarcimiento es reclamado en demanda se producen dentro de la "rigurosa órbita de lo pactado" en la garantía y como desarrollo del contenido negocial, ya que la demandada contrajo el compromiso, como fabricante de los motores, de responder de su idoneidad y aptitud para ser usados conforme a lo pactado, asumiendo la obligación de repararlos o restituirlos en el caso de que fueran inhábiles para su uso normal, y lo que se imputa a aquélla es precisamente el incumplimiento de dicha obligación.

Como pone de relieve un sector de la doctrina científica, la tesis de la acumulación y unidad de la culpa civil no puede servir para privar de eficacia ni a la distribución de riesgos, ni a las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad validamente convenidas entre las partes, aunque se trate de condiciones generales de contratación, cuya existencia viene impuesta por el desarrollo del moderno proceso productivo, conducente a una comercialización masificada de bienes y servicios, si bien en este supuesto el juez debe realizar un control del contenido de las condiciones generales ya que su carácter vinculante no depende de la naturaleza contractual de la adhesión o de la eficacia normativa de la predisposición, sino de que incorporen una norma cuya validez proceda de las fuentes ordinarias del Derecho (Ley, costumbre, principios generales).

Sostener lo contrario, a saber, que como el deudor tiene un previo deber de no dañar siempre podría invocar el perjudicado la responsabilidad extracontractual o, lo que es lo mismo, que esta clase de responsabilidad puede desplazar, a voluntad de uno de los contratantes, siempre y en todo caso, la distribución de riesgos propia creada por la relación obligatoria previa, o las convenciones de modificación de la responsabilidad, admisibles únicamente en el ámbito de la responsabilidad contractual, dejaría sin contenido la regulación que voluntariamente los contratantes han dado a sus intereses, o la propia ley, de modo supletorio o imperativo, dejando vacía de contenido toda regulación contenida en el Código Civil, Código de Comercio y Leyes Especiales, en favor del art. 1902 CC.

Además, no debe olvidarse que es el contrato el que produce la ocasión de poner en contacto al deudor con la persona y patrimonio del perjudicado, por tanto, introduce una variable relevante en la composición de los intereses en juego, lo que justifica la aplicación de la regla especial contractual, salvo que la normativa extracontractual concurrente sea de derecho necesario.

Si en todo momento la actora ha reconocido que una de las razones por las que decidió comprar los módulos de cogeneración fue precisamente la garantía de la demandada, superior a la ofrecida por los demás fabricantes, el tratar de eludir el contenido de la citada garantía invocando la responsabilidad extracontractual del fabricante no tiene acomodo en el criterio interpretativo de la buena fe recogido en el Convenio de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías.

NOVENO: Finalmente ha de examinarse si la pretensión resarcitoria ejercitada por la actora tiene encaje en el contrato de garantía, lo que posibilita el principio "iura novit curia".

Y es que en estos supuestos de duda en la calificación de la responsabilidad lo que se produce no es un concurso de acciones propiamente, porque una y otra acción son materialmente incompatibles, ya que el éxito de una debe conducir necesariamente al fracaso de la otra, sino ante un concurso de normas, que se resuelve a partir de la aplicación del principio "iura novit curia"; debe, por tanto, abandonarse la concepción de la identificación de la pretensión en sentido procesal y en sentido material, de forma que para deducir qué acción se ejercita ha de atenderse a los hechos y al "petitum", en virtud del principio "iura novit curia" ( SSTS 22 marzo 1980 [ RJ 1134]; 30 diciembre 1981 [ RJ 5357]; 23 noviembre 1982 [ RJ 6557]; 26 enero 1984 [ RJ 386]; 19 junio 1984 [ RJ 3250]; 19 octubre 1987 [RJ 7105]).

La actora considera que su pretensión resarcitoria no puede tener encaje en una garantía prestada por el fabricante.

Esta afirmación debe matizarse.

Ha de estarse al contenido que la garantía tenga en cada caso.

En el supuesto enjuiciado, conforme se desprende de la cláusula 3ª de la garantía prestada por la demandada, ésta no asumía obligación indemnizatoria alguna, respondiendo sólo de la "reparación o reposición, a su elección, de piezas defectuosas cubiertas bajo la garantía, y de toda labor que pueda razonablemente requerirse con relación a un fallo cubierto por la garantía durante el plazo expreso de la misma", incluyendo "los desplazamiento razonables y necesarios y gastos incurridos por el contratista o distribuidor autorizado", así como "el cambio de aceite lubricante, refrigerante, elementos de filtración, u otros elementos normales de mantenimiento que estén contaminados y/o dañados como consecuencia directa de un fallo cubierto por la garantía".

Dado que el derecho a la indemnización forma parte de la reglamentación contractual -contenido del contrato- y, por consiguiente, es modulable o disponible por las partes al tiempo de la perfección del contrato, siempre y cuando no se contravengan las limitaciones del principio de autonomía de la voluntad, ex arts. 1102 y 1255 CC ( STS 7 abril 2003 [RJ 2951]), para que pudiera acogerse la pretensión indemnizatoria planteada en demanda la actora tenía que haber acreditado el incumplimiento doloso de esas obligaciones por parte de la demandada, prueba que no ha logrado.

En todo caso, de los documentos aportados con la demanda y exposición fáctica contenida en la misma, se desprende que el principal motivo de no haberse reparado los motores averiados no fue otro que las discrepancias surgidas entre las partes, al entender la actora que la demandada, como fabricante, no sólo debía sufragar los gastos de transporte de los motores averiados sino, también, indemnizar los perjuicios, tesis que no tiene cabida ni en la cláusula 3ª, a la que se acaba de hacer referencia, ni en la cláusula 4ª de la garantía, que hace "responsable" al comprador tanto de la "pérdida de ingresos, y pérdida de/o daños materiales y/o personales" (apartado h), como de "todos los gastos derivados de la reposición o reinstalación de los Productos, cuando esto sea necesario para el cumplimiento de la garantía" (apartado d).

En definitiva, se rechaza la tesis que subyace a todo el planteamiento defensivo efectuado por la actora a lo largo del juicio, cual es negar virtualidad al contenido de la garantía, lo que no se compadece con el tantas veces mencionado criterio interpretativo de la buena fe, recogido en el Convenio de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías.

DÉCIMO: De conformidad con los arts. 394 y 398 LECiv procede no hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales de ninguna de las instancias, atendidas las serias dudas de derecho que plantean las cuestiones resueltas.

## F A L L O

La Sala acuerda:

1º Desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2001, dictada por la Iltma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Pamplona en el incidente 256/2001.

2º Estimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de octubre de 2002, dictada por la misma Magistrada-Juez en el juicio de mayor cuantía 563/2000, y, en consecuencia, desestimamos la demanda.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas procesales de ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ