



Roj: **SAP B 2837/2018 - ECLI:ES:APB:2018:2837**

Id Cendoj: **08019370172018100296**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **12/04/2018**

Nº de Recurso: **914/2017**

Nº de Resolución: **337/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIREIA BORGUÑO VENTURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Paseo Lluís Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210

FAX: 934866302

EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0826642120168080898

### **Recurso de apelación 914/2017 -C**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Cerdanyola del Vallés**

**Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 251/2016**

Parte recurrente/Solicitante: TRIPPLE Z GMBH DE HILDEN

Procurador/a: M<sup>a</sup> DOLORES RIFA GUILLEN

Abogado/a: Paulino Jose Perona Feu

Parte recurrida: ERSAX TRADE SL

Procurador/a: LAURA GONZALEZ GABRIEL

Abogado/a:

### **SENTENCIA N° 337/2018**

#### **Magistrados:**

Jose Antonio Ballester Llopis

Mireia Borguño Ventura

Marta Elena Fernández de Frutos

Barcelona, 12 de abril de 2018

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero** . En fecha 18 de septiembre de 2017 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 251/2016 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Cerdanyola del Vallés a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora M<sup>a</sup> DOLORES RIFA GUILLEN, en nombre y representación de TRIPPLE Z GMBH DE HILDEN contra la sentencia de fecha 19 de mayo de 2017 y en el



que consta como parte apelada la Procuradora LAURA GONZALEZ GABRIEL, en nombre y representación de ERSAX TRADE SL.

**SEGUNDO** .- El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"Que desestimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Rifa en nombre de y representación de TRIPLE Z GMBH DE HILDEN contra ERSAX TRADE S.L., representada por la Procuradora Sra. González, debo absolver y absuelvo a esta última de las pretensiones contra ella formuladas de adverso. Todo ello con expresa imposición de costas causadas en la instancia, a la parte actora."

**TERCERO**.- El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos y se señaló fecha para la celebración de la votación y fallo, que ha tenido lugar el día 11 de abril de 2018

**CUARTO**.- En el presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

**VISTO** , siendo Ponente el/la Ilmo./a. Sr./a. Magistrado/a D./D<sup>a</sup> Mireia Borguño Ventura

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La representación de TRIPPLE Z GmbH interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada el 19 de mayo de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Cerdanyola del Vallés en autos de juicio ordinario nº 251/2016. El referido procedimiento se inició en virtud de demanda interpuesta por la recurrente contra ERSAX TRADE S.L. en ejercicio de acción de resolución contractual y resarcimiento de daños y perjuicios, concretamente del contrato de compraventa por el que adquirió un lote de productos electrónicos por un precio de 110.000 €, que dice resultaron prácticamente en su totalidad inservibles e inhábiles para su posterior venta por adolecer de graves defectos, por lo que pretende la devolución del precio así como una indemnización por los daños causados que cifra en 19.800 €. La parte demandada se opuso alegando que la compra se hizo a través del portal web de la mercantil Netbid, que actuó de intermediaria, portal de subastas de productos usados y de segunda mano; que los productos se adquirieron sin garantías en relación a la calidad de los mismos; que la actora no ejerció su facultad de examen previo de las mercancías; y que no se ha acreditado la realidad de los daños y perjuicios que se reclaman.

La sentencia de instancia desestima la demanda por considerar que la actora conocía que los productos adquiridos en la subasta eran de segunda mano, que se excluía expresamente la garantía por la calidad de los productos, y que rehusó efectuar una comprobación previa a la compra. Frente a dicha resolución se alza TRIPPLE Z GmbH que recurre en apelación alegando, de forma genérica y sin concretar, el error en la valoración de la prueba. La parte contraria se opone al recurso y solicita la confirmación de la resolución dictada en la instancia.

**SEGUNDO**.- En la demanda se pretende la resolución del contrato de compraventa suscrito entre las litigantes debido al incumplimiento esencial imputable a la demandada de la obligación de entrega, al resultar la mayor parte de la mercancía inservible e inhábil para su posterior venta.

Como se relata en la sentencia y resulta de la prueba documental obrante en autos, no impugnada por ninguna de las partes, así como de las testificales de varias de las personas que intervinieron en los hechos, la demandada encargó a Netbid la venta en subasta pública "on line" de un lote de aproximadamente 85.000 artículos consistente en stocks de productos de la marca Engel Axil. Dichos artículos se encontraban almacenados en Logística Santiga S.L.. A tales efectos la actora suscribió con Netbid un contrato en exclusiva de subasta por el que ésta última se obligaba a realizar el inventario de los activos muebles, la gestión de la subasta y la coordinación de retirada de los activos con los adjudicatarios, entre otras (doc. 3 contestación).

Netbid (Sr. Doroteo ) y Logística Santiga (Sr. Hernan ) procedieron al inventario de los productos y a su distribución en lotes, resultando que: el 15% eran devoluciones del cliente final, el 47% eran stocks de distribuidores, y el 38% eran stocks directos del fabricante (doc. 4 a 6 contestación).

La actora se interesó por la compra de dichos productos, y para participar en la subasta, tuvo que aceptar las condiciones generales de contratación de Netbid (doc. 10 contestación). Concretamente, en cuanto a la Garantía de los productos, la cláusula 14.2 establece que: "Todas las posiciones ofrecidas a la venta son de segunda mano y presentan en parte rastros comerciales considerables de uso. Existe la posibilidad de someter las posiciones a una inspección pericial. Las posiciones se venden en el estado en que se han inspeccionado o podrían haberse inspeccionado. El vendedor no se compromete a proporcionar las posiciones libres de defectos materiales: no se acuerda ninguna calidad concreta ni el vendedor asumen ninguna garantía por la calidad de las posiciones. Queda excluida la garantía por parte del vendedor".



A petición de la actora, Netbid informó sobre los productos del lote en el sentido de que: el 10% eran devoluciones del cliente final, el 50% eran stocks de distribuidores, y el 40% eran stocks directos del fabricante (doc. 4 demanda- mail del 16 de noviembre de 2015). Dicha información es prácticamente coincidente con el inventario que se realizó y al que antes se ha hecho referencia.

La actora adquirió el 19 de noviembre de 2015 dicho lote a través del portal web de la empresa Netbid por el precio de 110.000 €, y pagó a ésta en concepto de comisión por la intermediación en la operación la cantidad de 19.800 € (doc. 1 bis y 2 demanda).

El 20 de noviembre de 2015, el Sr. Paulino , de Tripple Z, y el Sr. Jose Pablo , de Netbid, se cruzan varios correos electrónicos (doc. 9 contestación). De su contenido resulta que la actora preguntó si los productos del lote tenían garantía, a lo que Netbid respondió que las mercancías se vendían con la garantía anulada "como usted ya sabe", sin que fuera posible certificar su funcionamiento al 100%, y que ya se le había ofrecido varias veces la posibilidad de inspeccionarlas con el fin de evaluar su estado, y que la actora había rehusado. Incluso el Sr. Jose Pablo ofreció a la actora la posibilidad de "dar marcha atrás a la venta" que se realizó el día anterior, pues tenían otras partes interesadas. El Sr. Paulino contestaba que "Entendido. No hay problema ... el pago está en proceso...".

Por correo electrónico del 25 de noviembre de 2015 (doc. 7 contestación), Tripple Z confirma al Sr. Jose Pablo que "la oferta logística está bien... para cualquier trabajo de inspección, no puedo lo siento... tengo demasiado trabajo y reuniones y por desgracia no puedo estar lejos. En cualquier caso se puede cargar el material de la mejor manera posible. En la imagen de cada palet se incluye film y buen sistema de empaque. Es suficiente para mi...".

El 9 de diciembre de 2015, empleados de la actora recogieron la mercancía de los almacenes de Logística Santiga, sin que hicieran constar circunstancia relevante alguna. Entregada la mercancía, la actora comunicó a la demandada y a Netbid su disconformidad con lo recibido mediante correo electrónico del 16 de diciembre de 2015 (doc. 7 demanda). Posteriormente encargó un peritaje a la empresa alemana SV Wirth (doc. 8 demanda), conforme al que se dividen las mercancía compradas en cuatro grupos: A)- mercancía libre de defectos con posible venta a consumidores del 13,744%; B)- mercancía nuevas pero sin embalaje original con posibilidad de venta y entrega al consumidor final del 5,433 %; c)- mercancía devuelta y no revisada sin garantía sobre el funcionamiento, embalaje e integridad, con posibilidad de venta y entrega solo a comerciantes o fabricantes del 68,03%; y D)- mercancías sin ganancias de venta pudiendo obtenerse algún valor en el mercado de reciclaje del 12,783%.

**TERCERO.-** En relación a la legislación aplicable, resulta que las partes decidieron someter su relación jurídica al derecho alemán, como así se confirma en la sentencia impugnada habida cuenta de lo dispuesto en la cláusula 16.3 de las condiciones generales antes referidas, y que se encuentra plenamente avalada por el art. 3-1 del Reglamento (CE ) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por el que se autoriza la "libertad de elección".

Sentado lo anterior, en cuanto al tratamiento procesal del derecho **extranjero** en nuestro sistema jurídico, el art. 281-2 LEC establece que "el derecho **extranjero** deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación".

En interpretación de dicho precepto, la STS de 17 de abril de 2015 (ROJ: STS 1868/2015 ) declara que "... Como consecuencia lógica de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho **extranjero**, se ha exigido históricamente la prueba del mismo, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación. (...)La consecuencia de la falta de prueba del Derecho **extranjero** no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español. Así lo ha declarado reiteradamente esta Sala, en las sentencias citadas, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia 155/2001, de 2 de julio (RTC 2.001,155), como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836) ". La misma doctrina se recoge en la STS del 20 de mayo de 2015 (ROJ: STS 3159/2015 ).

Pues bien, las partes se han abstenido de forma absoluta y plena de todo intento de aportar o solicitar prueba al respecto, a través de documentos públicos y del informe elaborado y ratificado por juristas expertos en el derecho cuya aplicación se invoca, que tradicionalmente se estima prueba suficiente para acreditar la vigencia y contenido de la ley extranjera que resulta de aplicación. La consecuencia de ello, en aplicación de la doctrina expuesta, es la aplicación del derecho nacional.



**CUARTO.-** El presente caso plantea como cuestión de fondo la aplicación de la categoría del incumplimiento esencial en la dinámica del incumplimiento obligacional con trascendencia resolutoria, en donde tras la entrega de las mercancías objeto de la compraventa, se alegan deficiencias en las mismas que las hacen inhábiles para el destino previsto. Dicha pretensión se fundamenta, en nuestro derecho, en los art. 1124 y 1445 del Código Civil .

La STS del 23 de mayo de 2014 (ROJ: STS 2404/2014 ) señala que: "... *En efecto, en el ámbito del incumplimiento por ejecución de una prestación defectuosa en una relación sinalagmática, como la del presente caso, el efecto resolutorio se proyecta de un modo excepcional, conforme a la prestación programada, cuando la gravedad observada refiera el incumplimiento de una obligación principal, la realización de una prestación diferente a la prevista (aliud pro alio) y, en su caso, el incumplimiento de condiciones o deberes contratados expresamente previstos con dichos efectos. Fuera de estos supuestos, de un claro desajuste o quiebra del plano de la prestación programada, la trascendencia resolutoria que se deriva de la prestación defectuosa, en orden a su falta de utilidad o inidoneidad para el fin o la función que le era natural o se le había destinado, corresponde, mas bien, al plano satisfactivo del cumplimiento que le es propio al presupuesto causal que informa al régimen de aplicación del incumplimiento esencial, particularmente a la valoración o ponderación de la idoneidad de resultados, beneficios o utilidades que legítimamente cabe esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado; de suerte que su inidoneidad o falta de utilidad comporte la frustración del mismo* ".

En el supuesto que se examina resulta que de la información previa suministrada por Netbid a la actora en modo alguno puede concluirse que el lote subastado consistiera en mercancías en un 90% nuevas y en un 10% usadas, como sostiene la recurrente, hecho en el que fundamenta su acción resolutoria, pues:

-las mercancías se publicitaron como de segunda mano, sólo una pequeña parte procedía de stocks del fabricante; tenían anulada la garantía; y Netbid comunicó a la actora que no podía confirmarse que funcionaran al 100%.

-la parte actora declinó inspeccionar con anterioridad a la compra tales mercancías por falta de tiempo, y asumió las condiciones en que se encontraban, incluso Netbid llegó a ofrecerle la posibilidad de retroceder la operación al día siguiente.

-la pericial que se aporta con la demanda no concluye que el 90% de las mercancías son inhábiles para su posterior venta. Además el perito realizó el informe en base a las observaciones y clasificaciones efectuadas por empleados de la actora y que se recogieron en una tabla Excel, que es la que, en definitiva, valoró el perito, sin examinar personalmente las mercancías que estaban aún embaladas.

-según el documento 8 de la contestación, el valor total de precio de venta de las mercancías adquiridas por la actora es de 3.353.994,95 € sin Iva, por lo que el precio que pagó en la subasta representa solo el 3,28% del mismo. Y valorando sólo la venta del 13,744% que se calificó como mercancía libre de defectos, el beneficio que obtendría la actora sería de 460.973,06 €, esto es, cuatro veces el precio pagado.

En resumen, nos encontramos ante una compra de productos en subasta pública de mercancías de segunda mano en la que el comprador ha aceptado, con anterioridad, su falta de garantía y la posibilidad de que no funcionen al 100%, y ha rehusado la posibilidad de examinarlas; y que en un porcentaje muy elevado, dichas mercancías pueden cumplir con su función de reventa. Esto es, en primer lugar, no ha quedado debidamente acreditado el incumplimiento de la obligación de entrega de la demandada en los términos expuestos, y aún en el caso de que éste se estimase, no podría calificarse como esencial para apreciar la resolución contractual que se pretende en la demanda, pues las deficiencias observadas no determinan la falta de utilidad o idoneidad de la mayoría de las mercancías adquiridas para el uso que debían ser destinadas conforme a la naturaleza del contrato celebrado.

Por todo lo expuesto, procede confirmar la decisión de la Juez de instancia, con desestimación del recurso.

**QUINTO.-** La desestimación del recurso conlleva la imposición de las costas procesales al recurrente en virtud del art. 398 LEC .

Vistos los preceptos legales aplicados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de TRIPPLE Z GmbH contra la sentencia dictada el 19 de mayo de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Cerdanyola del Vallés en autos de juicio ordinario nº 251/2016, que se confirma, con imposición de las costas procesales de esta alzada a la apelante.



Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ