

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 93

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

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3127/2016] DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Prenda de un depósito de dinero en garantía de créditos futuros: tercería de mejor derecho fundada en la constitución de la prenda con anterioridad a la fecha de la diligencia de embargo del saldo pignorado por deudas tributarias. La preferencia del derecho de prenda sobre el embargo viene determinada por la fecha de constitución del derecho de prenda y no por la fecha en que el crédito garantizado con la prenda resulta líquido y exigible. La exigencia de que el crédito del tercerista sea cierto, líquido, vencido y exigible tiene pleno sentido cuando concurren créditos privilegiados que no cuentan con garantía real preferente en el tiempo al embargo, pero no cuando concurre un crédito garantizado con una prenda, pues de otro modo se vaciaría la garantía real. En consecuencia, la preferencia de cobro de la prenda constituida en garantía de una obligación futura puede hacerse valer frente a un tercero que embarga con posterioridad el depósito pignorado, aunque la obligación garantizada no haya nacido todavía. El nacimiento de la obligación permite que pueda haber incumplimiento, presupuesto necesario para ejecutar la garantía. Pero antes de que nazca la obligación garantizada como futura, esto es, en el periodo entre la constitución de la garantía y el nacimiento de la obligación, la prenda asegura la preferencia de cobro frente a cualquier garantía o embargo constituido sobre el depósito pignorado con posterioridad.

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

El 8 de septiembre de 2006, La Caixa (en la actualidad, Caixabank, S.A.) concertó una póliza de contragarantía de aval con Fructuoso, con la pignoración de un depósito de dinero, por un importe de 3.560 euros. La

prenda cubría la eventual responsabilidad derivada del aval prestado por La Caixa ese mismo día (8 de septiembre de 2006), a favor de Fructuoso, y en garantía de las obligaciones derivadas de un contrato de arrendamiento de local de negocio con vencimiento indefinido.

El saldo pignorado en esta póliza fue embargado por la Agencia Tributaria, hasta la cantidad de 480 euros, mediante diligencia de embargo de 19 de abril de 2013, dictada en un procedimiento de apremio contra Fructuoso por deudas tributarias.

La Caixa realizó una reclamación previa de tercería de mejor derecho en vía administrativa, frente a la Agencia Tributaria, que no fue atendida.

Formulada la tercería de mejor derecho, la Agencia Tributaria demandada se opuso al entender que el crédito de la entidad bancaria no era líquido, vencido y exigible.

2. La sentencia dictada en primera instancia estimó la tercería de mejor derecho porque la fecha en que se constituyó la prenda era anterior a la fecha de la diligencia de embargo de cuentas y depósitos bancarios acordada por la AEAT. Entiende que el crédito de un tercerista nace y tiene existencia con la perfección del contrato, al margen de su vencimiento, de modo que incluso cabe la posibilidad de prenda sobre créditos futuros sometidos a condición suspensiva. Y concluye que el crédito garantizado con prenda tiene preferencia para su cobro sobre la cosa pignorada, aunque no haya vencido o no sea líquido.

3. Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación, la Audiencia estima el recurso y, consiguientemente, desestima la tercería.

La sentencia de apelación parte de la consideración de que la prenda constituida por La Caixa lo es en garantía de una obligación futura o sujeta a una condición suspensiva, que se haga efectivo el aval prestado en beneficio del titular de los bienes pignorados. Luego estima que debe aplicarse la misma regla que respecto de las hipotecas en garantía de obligaciones futuras se prevé en el art. 142 LH, y distingue dos fases: la primera comprende el periodo de tiempo que media entre la constitución de la

hipoteca y el nacimiento de la obligación futura asegurada (acreditado con una nota marginal), y la segunda el tiempo posterior al nacimiento de esta obligación o al cumplimiento de la condición suspensiva. La Audiencia razona lo siguiente:

"En el periodo primero, el derecho de garantía ha surgido a favor de un crédito futuro y goza de los privilegios de publicidad, en todo lo que se refiere directamente a la existencia y cuantía de la deuda asegurada; y en el segundo, ya extendida la nota marginal, esta tiene la significación jurídica de transformación de la hipoteca de seguridad en hipoteca normal, pura y simple, y goza no sólo de las garantías de publicidad registral sino también de todos los privilegios del sistema hipotecario".

Y, finalmente, concluye que, para otorgar preferencia a la prenda en garantía de créditos futuros, "se precisa como presupuesto el nacimiento de la obligación futura o que la obligación garantizada con la prenda haya nacido, en cuyo caso los efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la prenda. Por eso en el presente caso, en que no consta el nacimiento de la deuda por aval para cuya seguridad fue constituida la prenda, no cabe oponer la preferencia del crédito de prenda cuando no se ha acreditado el nacimiento del derecho futuro. Por eso no cabe otorgar la preferencia de mejor derecho al cobro al no haber nacido la obligación garantizada, a la tercerista Caixabank, S.A.". 4. Frente a la sentencia de apelación, Caixabank ha interpuesto recurso de casación sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación.

1. Formulación del motivo único. El motivo denuncia la infracción del art. 1922.2º y 1926, párrafo 1º, del Código Civil, porque entiende que el crédito garantizado con la prenda, para que prosperase la tercería de mejor derecho, no es necesario que sea líquido, vencido y exigible. Y pide que se fije la siguiente doctrina jurisprudencial:

"La preferencia que establecen los arts. 1922.2º y 1926, regla 1ª del Código Civil para los créditos garantizados con prenda sobre cosa empeñada y hasta donde alcance su valor, se extiende y alcanza frente a cualquier otro crédito posterior, incluso cuando el posterior sea líquido, vencido y exigible, y el garantizado con prenda no, teniendo en consecuencia mejor derecho el garantizado con prenda que el crédito posterior líquido, vencido y exigible".

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

2. Estimación del motivo. En una sentencia anterior, la sentencia 609/2016, de 7 de octubre, reiterada por otras posteriores (por ejemplo, la sentencia 168/2019,

de 20 de marzo), hemos analizado la procedencia de la tercería de mejor derecho interesada por la acreedora prendaria, frente a un posterior embargo dictado en un procedimiento de apremio administrativo, cuando su crédito garantizado con la prenda no es líquido, vencido y exigible.

En aquel precedente la cuestión controvertida se planteaba del siguiente modo:

"en qué medida puede hacerse valer esta preferencia por parte del acreedor pignoraticio, cuando todavía no ha vencido la póliza garantizada, frente a otro acreedor que pretende ejecutar el bien o, en este caso, los derechos sobre los que se ha constituido la prenda".

En estos precedentes partíamos de dos premisas:

La primera: que la preferencia que confiere el embargo, respecto de los bienes y derechos embargados, "está condicionada a que no exista ningún otro derecho preferente que se haga valer mediante una tercería de mejor derecho, regulada en los arts. 614 y ss. LEC".

La segunda: que, "conforme a los arts. 1922.2º y 1926.1º CC, el crédito pignoraticio goza de preferencia respecto de lo obtenido con la realización del bien sobre el que se constituyó la prenda frente al resto de los acreedores", y esta preferencia del derecho de prenda sobre el embargo viene determinada por la fecha de constitución del derecho de prenda y no por la fecha en que el crédito garantizado con la prenda resulta líquido y exigible.

3. Después, recordamos que, si bien el art. 614 LEC, al regular la tercería de mejor derecho, tan sólo hace referencia a que el tercerista invoque y acredite "un derecho a que su crédito sea satisfecho con preferencia al del acreedor ejecutante", la jurisprudencia, en atención a los efectos de la tercería, venía exigiendo que el crédito del tercerista sea cierto, líquido, vencido y exigible. Y citábamos al respecto las sentencias 392/2007, de 26 de marzo, y 457/2007, de 26 de abril. Esta doctrina responde a que, si el efecto de la tercería de mejor derecho es que lo obtenido con la realización del bien o derecho embargado se destine a hacer pago al acreedor tercerista a quien se le reconoce la preferencia de su crédito, es lógico que este sea cierto, líquido, vencido y exigible.

Esta exigencia de que el crédito del tercerista sea cierto, líquido, vencido y exigible tiene pleno sentido cuando, conforme a cómo está ideada la tercería de mejor derecho en la LEC, concurren créditos privilegiados que no cuentan con garantía real preferente en el tiempo al embargo. Pero no cuando concurre un crédito garantizado con una prenda, pues de otro modo se vaciaría la garantía real.

Como razonamos en la sentencia 609/2016, de 7 de octubre, en que se hacía valer una tercería de mejor derecho de un crédito garantizado con una prenda sobre unos bonos embargados después por la TGSS:

"Una garantía real constituida antes del embargo, en principio, no necesitaría acudir a la tercería de mejor derecho, pues el embargo se habría trabado sobre el bien o derecho gravado, razón por la cual, en todo caso, la realización del bien o del derecho previamente gravado debe respetar la garantía real. Se ejecuta el bien con su garantía, de tal forma que quien lo adquiere en la ejecución lo hace con la carga que supone la garantía, y el acreedor titular de esta garantía real la mantiene intacta. Esto puede cumplirse fácilmente cuando la garantía goza de inscripción registral.

"No ocurre lo mismo cuando la garantía real, como es la prenda sobre derechos del presente caso, no está inscrita en el registro. En estos casos, como el embargo se trabó sin que quedara constancia de que los derechos estaban previamente pignorados, la realización de los derechos embargados puede vaciar la garantía real, que no podrá oponerse frente al adquirente en la ejecución. Por esta razón, para no vaciar la garantía real, debemos admitir que el acreedor pignoraticio pueda hacer valer la preferencia de cobro que le concede su garantía real frente a la TGSS mediante la tercería de mejor derecho".

4. De acuerdo con esta doctrina, aunque al tiempo de ejercitarse la tercería, el crédito garantizado con la prenda no fuera cierto, líquido, vencido y exigible, dicho crédito gozaría de preferencia frente al crédito que motivó el embargo y el apremio, y la tercería debería prosperar.

Como razonamos en la sentencia 609/2016, de 7 de octubre:

"(S)i en estos casos no atendiéramos a la preferencia de la prenda por el hecho de que el crédito garantizado no estaba liquidado y vencido, y por ello le negáramos legitimación para instar la tercería, de facto, estaríamos dejando sin efecto su garantía, pues la realización de los derechos pignorados en la ejecución instada (...) impediría que, más tarde, vencido el crédito del acreedor pignoraticio, este pudiera cobrar con preferencia a cualquier otro acreedor de los derechos pignorados".

De este modo, en estos casos, para que pueda prosperar la tercería de mejor derecho hay que atender a la existencia del crédito garantizado y a la preferencia de la garantía real del acreedor pignoraticio, como únicas exigencias ineludibles a la luz del art. 614 LEC.

Sin perjuicio de que, como afirmamos en el precedente citado, los efectos de la tercería en un caso como este serían: si prospera la tercería, lo obtenido por la realización de los derechos embargados por la AEAT, sobre los que el tercerista tiene un derecho de prenda, estaría pendiente de que el crédito garantizado pasara a ser cierto, líquido, vencido y exigible, para satisfacer entonces ese crédito hasta el alcance de la garantía, y después el sobrante, en su caso, podría destinarse a satisfacer el crédito de la AEAT. Y si, durante la pendencia de la tercería, el crédito del acreedor pignoraticio se convirtiera en cierto, líquido y exigible, la estimación de la tercería daría lugar a que, en las condiciones previstas en el art. 616.1 LEC, se pagara este crédito con lo obtenido por la realización.

5. Pero en el presente caso se pone en duda la misma existencia del crédito garantizado con la prenda y, por ello, la oponibilidad de esta garantía en la tercería de mejor derecho.

Las obligaciones garantizadas con la prenda son las que pudieran derivarse de la fianza prestada por el banco en garantía, a su vez, del cumplimiento de las obligaciones que pudieran surgir para el avalado de un contrato de arrendamiento en el que tiene la condición de arrendatario. Son las obligaciones que el beneficiario de la fianza tendría frente al fiador, para el reembolso o repetición de lo pagado por este último. Se trata de obligaciones futuras, en cuanto que su aparición depende del incumplimiento por el beneficiario de la fianza de alguna de sus obligaciones del contrato de arrendamiento cubiertas por la fianza. Esta prenda en garantía de obligaciones futuras es válida porque son obligaciones determinables, se circunscriben a las que eventualmente pudieran surgir de una determinada relación jurídica, la fianza prestada por el banco. Y no deja de ser oponible frente a un tercero, en este caso la AEAT que ha embargado el depósito pignorado, aunque esas eventuales obligaciones no hayan surgido todavía cuando se practica el embargo ni cuando se presenta la tercería de mejor derecho.

6. Así se desprende de la propia regulación legal de la prenda y de la jurisprudencia que la interpreta.

Conforme al art. 1865 CC, la prenda posesoria despliega todos sus efectos erga omnes desde que se constituye de modo debido (desde que "consta por instrumento público la certeza de su fecha"). La prenda posesoria válidamente constituida confiere al acreedor pignoraticio un derecho de reipersecutoriedad del objeto pignorado, sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada, que puede hacerse efectivo mediante el derecho de retención

"hasta que se le pague el crédito" (arts. 1866 y 1871 CC). De tal forma que, incumplida la obligación garantizada, el acreedor disfruta de la posibilidad de ejecutar el bien o derecho dado en prenda a través de los procedimientos legalmente previstos, y de una preferencia para el cobro de la deuda garantizada sobre el bien o derecho pignorado que atribuye al acreedor la condición de singularmente privilegiado (art. 1922.2º CC).

Como hemos recordado en otras ocasiones, por ejemplo, en la sentencia 962/1995, de 14 de noviembre, esta preferencia surge con la constitución de la prenda y no desde el nacimiento o constitución del crédito garantizado:

"...cuando la prioridad o preferencia crediticia invocada lo es con relación únicamente a determinados bienes, en este caso concreto muebles, por razón de la prenda constituida sobre ellos (número 2º del artículo 1922 del Código Civil), lo verdaderamente determinante de dicha prioridad no es la fecha de nacimiento o de vencimiento del crédito, sino la de constitución de la prenda en garantía del mismo, al igual que cuando de inmuebles se trate (número 3º del artículo 1923 del mismo Cuerpo legal), la referida prioridad o preferencia la determinará la fecha de constitución de la hipoteca sobre el inmueble respectivo y no la de nacimiento o extinción del crédito garantizado con ella".

7. Es cierto que, como refiere la sentencia recurrida, el régimen de oponibilidad de la prenda en garantía de obligaciones futuras frente a embargos posteriores del depósito pignorado guarda una cierta relación lógica o de analogía con la oponibilidad de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras frente a posteriores adquirentes, aunque en este caso la reipersecutoriedad y su efecto erga omnes se asegure por su inscripción registral.

Pero en contra de lo argumentado por la Audiencia, no sólo el rango de la hipoteca en garantía de una obligación futura, sino también su oponibilidad erga omnes surge desde su constitución, aunque no hubiera nacido aún la obligación.

La hipoteca en garantía de una obligación futura es una clase de hipoteca de máximo, en que el contrato básico que constituye la fuente de las obligaciones está perfectamente determinado. Viene regulada en los arts. 142 y 143 LH. El art. 142 LH establece que dicha hipoteca en garantía de obligación futura "surte efecto contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse". De tal forma que, mientras no se haya contraído la obligación, la hipoteca es un derecho real existente, pero en fase de pendencia respecto a la obligación garantizada. Consta

ya constituido y con su propio rango. Y cuando la obligación llegue a contraerse, alcanzará eficacia respecto de su ejecución en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Por ello, el art. 143 LH establece que "cuando se contraiga la obligación futura... de que trata el párrafo primero del artículo anterior, podrán los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria". Esta nota marginal completa el ciclo de la efectividad de la hipoteca, pues la convierte en obligación presente y permite determinar en el Registro la existencia y cuantía de la misma. Pero esto no significa que mientras no se contraiga la obligación futura la hipoteca no es oponible frente a quien adquiera la finca gravada.

El rango o prioridad de la hipoteca se adquiere desde su constitución y para su oponibilidad frente a quien adquiere con posterioridad el bien gravado no es preciso que haya nacido antes la obligación garantizada y se haya dejado constancia de ello mediante la nota marginal. Esta última será necesaria para que pueda ejecutarse la garantía en caso de incumplimiento de la obligación, pero no depende de ella el rango ni la oponibilidad de la garantía frente al tercer adquirente.

8. Del mismo modo, la preferencia de cobro de la prenda constituida en garantía de una obligación futura puede hacerse valer frente a un tercero que embarga con posterioridad el depósito pignorado, aunque la obligación garantizada no haya nacido todavía. El nacimiento de la obligación (obligatio existit) permite que pueda haber incumplimiento, presupuesto necesario para ejecutar la garantía. Pero también antes de que nazca la obligación garantizada como futura, esto es, en el periodo entre la constitución de la garantía y el nacimiento de la obligación (obligatio pendens), la prenda asegura la preferencia de cobro frente a cualquier garantía o embargo constituido sobre el depósito pignorado con posterioridad.

Por ello también en un caso como el presente, el acreedor pignoraticio tiene derecho a hacer valer su preferencia de cobro en una tercería de mejor derecho frente al tercero que embargó el depósito pignorado.

9. Consecuencias de la estimación del recurso. Estimado el único motivo de casación, procede casar la sentencia, desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia que había estimado la tercería de mejor derecho».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 462/2017] DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2019 [Ponente: M^a Ángeles Parra Lucán]

Aval a primera demanda o a primer requerimiento: no concurre cuando la obligación de pago del garante no fue asumida como una obligación autónoma e independiente de la obligación de pago del precio que nació del contrato y el garante no estaba obligado a pagar ante la simple reclamación del acreedor. Así, cuando se acuerda que el avalista puede denegar el pago de la garantía si el comprador garantizado acreditaba la existencia de reclamaciones derivadas de las contingencias y responsabilidades asumidas por el vendedor en virtud del contrato de compraventa. No obstante, la cláusula contractual no puede amparar una extinción del aval cuando las reclamaciones del comprador-avalado frente al vendedor resulten infundadas. La cláusula que permite al avalista denegar el pago en caso de que el deudor -comprador-acredite la existencia de reclamaciones derivadas de la responsabilidad contractual del acreedor -vendedor-solo puede ser interpretada, de acuerdo con dicha función de garantía, en el sentido de que se dirige a evitar pagos no debidos por el comprador garantizado. En definitiva, acreditado que el pago es debido y que las reclamaciones contra el vendedor invocadas por el comprador para negarse a pagar no eran fundadas, la garantía se dirige a reforzar el cumplimiento de la obligación principal.

«El presente recurso plantea un problema de interpretación de un aval. Se discute la posibilidad de que, al mismo tiempo que se declara la responsabilidad del deudor principal, se exonere al avalista solidario.

La sentencia recurrida considera que ello es posible porque el aval prestado no era a primer requerimiento, ya que reconocía al avalista la posibilidad de denegar el pago si el comprador avalado acreditaba la existencia de reclamaciones derivadas de responsabilidades asumidas por el vendedor, lo que sucedió en el caso.

Tal y como han quedado acreditados en la instancia son antecedentes necesarios para comprender el presente recurso los siguientes:

1.-El 8 de junio de 2007, en la misma escritura, New Piave Seis S.L.U. (en adelante NPS, empresa perteneciente al grupo Copisa) compra a JM Legión Española 1 S.L. (en adelante Legión) y a Nova Mesto S.L. participaciones sociales de Promociones Club de Campo y Golf de Ronda S.L., sociedad que tenía como

objeto social la construcción y promoción de un campo de golf en la ciudad de Ronda. Las participaciones adquiridas a Legión representan el 30,944% del capital social y las compradas a Nova Mesto el 49,056%. De esta forma, el grupo Copisa se hizo con la totalidad de las participaciones de Promociones, porque otra empresa del grupo, Comapasa, era ya titular del 20% restante.

El precio de la venta fijado en el contrato de 8 de junio de 2007 era pagadero en distintos plazos. Cada una de las vendedoras recibió un aval de una entidad financiera. En particular, por lo que interesa a efectos de este procedimiento, Banco Popular suscribió un aval en virtud del cual garantizaba, hasta una cantidad máxima, el pago del último plazo que Legión debía recibir de NPS el 8 de junio de 2012.

El 4 de junio de 2012, NPS, la compradora avalada, comunicó por burofax dirigido a Banco Popular la existencia de incumplimientos graves por parte de Legión en relación con sus obligaciones derivadas del contrato (concretamente la ocultación de la existencia de diversos procedimientos contencioso administrativos y la denegación del suministro de agua por parte de la Agencia Andaluza del Agua para un campo de golf). NPS acompañó a dicho burofax copia del que había enviado con fecha 18 de mayo de 2012 a Legión denunciando la existencia de incumplimientos contractuales de Legión.

El 8 de junio de 2012, Legión se dirigió a Banco Popular solicitando el cumplimiento del aval. Banco Popular se dirigió a NPS para que le confirmara la situación, y NPS se opuso al pago de la garantía, alegando la existencia de reclamaciones por su parte debido a la existencia de incumplimientos de Legión. Con apoyo en ello, el 15 de junio de 2012 Banco Popular comunicó a Legión que no procedía el pago reclamado.

2.-El 10 de septiembre de 2012, Legión demanda a NPS y a Banco Popular y solicita la condena solidaria al pago de 2.163.650,33 euros en concepto de pago del precio pendiente más los daños y perjuicios derivados del incumplimiento y cuyo importe se determine en ejecución de sentencia.

3.-En primera instancia se desestima la demanda íntegramente. El juzgado considera acreditado el incumplimiento del contrato de compraventa por parte de la vendedora demandante, al haber ocultado la existencia de procedimientos contencioso administrativos así como la falta de licencia para obtener agua y así satisfacer las necesidades del proyecto de golf que se preveía desarrollar.

4.-Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia lo estima en parte, revoca

la sentencia de primera instancia y, en su lugar, estima en parte la demanda interpuesta frente a NPS, al rechazar que hubiera un incumplimiento imputable a la vendedora. En consecuencia, condena a NPS a pagar el último plazo del precio por importe de 2.163.650,33 euros más los intereses legales desde la fecha de la demanda, absolviéndole de la reclamación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento por considerar que tal pretensión quedó indeterminada en la demanda.

La Audiencia, en cambio, desestima la reclamación frente a la avalista. Basa esta decisión en la interpretación del aval porque entiende que, de acuerdo con lo pactado, bastaba con que el avalado acreditase la existencia de reclamaciones para que el Banco pudiese denegar la ejecución del aval y, en el caso, sucedió tal cosa, porque con anterioridad al 8 de junio de 2012, NPS remitió al Banco una carta anunciando la existencia de reclamaciones derivadas del contrato avalado.

5.-La demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y de casación al amparo del ordinal 2º del artículo 477.2 LEC, al ser la cuantía del asunto superior a 600.000 euros.

SEGUNDO. -Recurso por infracción procesal

1.-Motivos y razones del recurso. El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en dos motivos.

En el motivo primero se denuncia, al amparo del art. 469.1.2º LEC, infracción del art. 218.2 LEC por falta de motivación suficiente de la sentencia y en el motivo segundo, al amparo del art. 469.1.2º LEC, infracción del art. 218.1 LEC por incongruencia interna de la sentencia.

En los dos se reprocha a la sentencia que deniegue la vigencia y ejecución del aval otorgado por Banco Popular pese a establecer que las reclamaciones de la entidad avalada derivadas de las contingencias y responsabilidades asumidas por la vendedora en el contrato de compraventa eran infundadas.

Los dos motivos se encuentran íntimamente relacionados y, por lo que se dice a continuación, se desestiman.

2.-Desestimación del recurso de infracción procesal. Los dos motivos están íntimamente relacionados y van a ser desestimados.

La motivación, como exigencia constitucional de las sentencias, requiere que se exterioricen las razones de la decisión (por todas, sentencia 194/2016, de 29 de marzo). En el caso, la sentencia no adolece de falta de motivación, ya que exterioriza las razones por las que considera que no es exigible el pago a la avalista a pesar de condenar a la deudora principal (la

interpretación del aval, las comunicaciones habidas entre las partes que permiten entender que hubo reclamaciones acerca del cumplimiento por parte del vendedor de sus deberes contractuales, el no estar ante un aval a primer requerimiento, la interpretación estricta de la fianza).

Tampoco hay incongruencia interna porque el fallo, de manera coherente con los argumentos expuestos a lo largo de los fundamentos de derecho de la sentencia, en los que explica la procedencia de la condena a la deudora principal y las razones para no exigir la responsabilidad a la avalista, se limita a condenar a la primera.

En definitiva, se conoce el razonamiento por el que se niega la responsabilidad de la avalista, y otra cosa es que tal razonamiento resulte correcto y se considere desacertado, lo que es susceptible de revisión a través de los motivos de casación planteados.

TERCERO. -Recuso de casación. Motivos y razones del recurso.

El recurso, interpuesto por la vía del art. 477.2.2.1 LEC, por razón de la cuantía, se funda en siete motivos.

1.-En el primero se denuncia infracción del art. 1256 CC en cuanto que la sentencia recurrida deniega la vigencia y ejecución del aval otorgado por Banco Popular pese a declarar que las reclamaciones de la entidad avalada, NPS, derivadas de las contingencias y responsabilidades asumidas por la entidad Legión, ahora recurrente, en el contrato de compraventa, eran infundadas, ya que la sentencia recurrida considera que el vendedor cumplió con los términos del contrato y las obligaciones que el mismo le imponía. Razona que ello supone dejar al arbitrio de NPS el cumplimiento del aval bancario.

2.-En los motivos segundo a quinto se denuncia infracción de los arts. 1281.II, 1288, 1285 y 1287 CC. Se razona que la interpretación del aval realizada por la sentencia recurrida es manifiestamente contraria a la intención de los contratantes, pues interpreta la estipulación 5.c) del aval de modo que hace absolutamente imposible la ejecución del aval en circunstancia alguna. Considera que la interpretación de la Audiencia favorece a la entidad avalista, que fue quien redactó el aval. También que no atribuye a la cláusula dudosa el sentido que resulta de interpretar en conjunto todas las cláusulas del contrato y, en particular, la 5.c) del aval debe ponerse en relación con la 3, que prevé que la garantía expire el 8 de junio de 2012.

3.-En el motivo sexto se denuncia la infracción del art. 1847 CC en relación con la conclusión de la sentencia recurrida de denegar la vigencia y ejecución del aval a pesar de declarar la responsabilidad de la entidad

avalada, pues ello supondría haber extinguido la obligación del fiador con anterioridad a la del deudor principal.

4.-En el motivo séptimo se denuncia infracción del art. 1156 CC, por cuanto la sentencia recurrida deniega la vigencia y ejecución del aval otorgado por Banco Popular pese a considerar que las reclamaciones de la entidad avalada, NPS, derivadas de las responsabilidades asumidas por la entidad Legión en el contrato de compraventa eran infundadas, pues ello supondría declarar extinguida la obligación del fiador por una causa no prevista en el art. 1156 CC, infringiendo el art. 1284 CC.

El recurso va a ser estimado por lo que decimos a continuación.

CUARTO. -Decisión de la sala. Estimación del recurso de casación.

1.-La cuestión jurídica planteada en el recurso de casación afecta en esencia a la interpretación del aval, sobre todo en relación con la intención de las partes al delimitar la obligación del garante, tal y como se denuncia en los motivos segundo a quinto del recurso. En el documento que recoge la garantía otorgada por el Banco Popular se incluye lo siguiente:

"3.-Sin perjuicio de lo dispuesto, en el numeral 5 c) del presente aval, la presente garantía expirará en fecha 8 de junio de 2012.

"4.-La petición para ejecutar la presente garantía se realizará mediante reclamación por escrito dirigida a BANCO POPULAR y firmada por el Vendedor, manifestando bajo su responsabilidad no haber recibido con anterioridad a la fecha referida la cláusula 3.3.4 del Contrato, la suma que en tal fecha le debía haber sido abonada por el Comprador.

"5.-Llegada la fecha de ocho de junio de 2012, si el comprador no hubiese satisfecho al Vendedor la cantidad que procede, de conformidad con lo previsto en la cláusula 3.3.4 del Contrato y el Vendedor instare la ejecución del aval por dicha suma, el Banco lo pondrá en conocimiento del comprador en el plazo de tres días hábiles a contar desde la fecha en que el Banco hubiera recibido la solicitud de ejecución instada por el vendedor. En tal caso, el Comprador, en el plazo de tres días hábiles desde que recibió la notificación del Banco, podrá proceder de la siguiente forma:

"a) No oponerse a la ejecución del aval en cuyo caso en Banco procederá a abonar al Vendedor la suma cuya ejecución se insta.

"b) Oponerse a la ejecución total del aval acreditando, mediante la correspondiente carta de pago, haber satisfecho previamente al vendedor la suma cuya ejecución se insta.

"c) Oponerse total o parcialmente, a la ejecución del aval acreditando al Banco la existencia de reclamaciones derivadas de las contingencias y responsabilidades asumidas por los Vendedores en el Contrato de Compraventa.

"6.-El Banco no podrá denegar el pago previsto en la presente garantía, salvo que el Comprador le exhiba carta de pago o haga entrega de dicha carta de pago, o bien le acredite la existencia de reclamaciones derivadas de las contingencias y responsabilidades asumidas por el Vendedor en virtud del contrato de Compraventa".

2.-La sentencia recurrida parte de que, de acuerdo con el último párrafo transcrito, basta con que el avalado "acredite la existencia de reclamaciones" para que el Banco pueda denegar el pago previsto en la garantía.

El razonamiento de la sentencia recurrida se basa en las siguientes consideraciones: que la garantía prestada no es un aval a primer requerimiento, en el que para hacer efectivo el cumplimiento basta con la reclamación del deudor; que el documento no distingue entre reclamaciones judiciales o extrajudiciales, por lo que introducir esa distinción perjudicaría la situación del avalista, contra lo dispuesto en el art. 1827 CC; que la interpretación de la fianza debe ser estricta; y que la desavenencia sobre el cumplimiento del contrato de compraventa es suficiente para integrar la existencia del término "reclamación" a que se refiere el aval.

3.-Frente a este razonamiento, el vendedor demandante y ahora recurrente sostiene, en esencia, que la cláusula contractual no puede amparar una extinción del aval cuando las reclamaciones del comprador frente al vendedor resulten infundadas.

4.-El recurso debe prosperar, pues la interpretación de la Audiencia es ilógica, y por esta razón revisable en casación, tal y como recuerdan las sentencias 498/2018, de 14 de septiembre, 82/2019, de 7 de febrero, y 251/2019, de 6 de mayo, con cita de otras anteriores:

"Tiene dicho reiteradamente esta sala que la interpretación del contrato y sus cláusulas, entendida como actividad que busca identificar el conjunto de obligaciones que derivan para las partes de todo contrato a partir de la voluntad común de éstas expresada en el mismo es una labor o función propia de los tribunales de instancia, con la consecuencia de que ha de prevalecer la interpretación realizada por éstos sin que sea posible su revisión en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por el tribunal sentenciador en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter

manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario o vulnere alguna de las normas o reglas sobre la interpretación de los contratos, por desnaturalización de sus presupuestos y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva".

Esto es lo que sucede en el caso, pues la Audiencia, limitándose a la literalidad de una de las palabras que se usa en el aval, que se refiere a acreditar "reclamaciones", y so pretexto de la regla de no presunción de la fianza, efectúa una interpretación que, en contra de la que resulta como intención común de las partes, priva a la garantía de toda su funcionalidad por la simple voluntad del deudor principal, el comprador, que en el contrato de venta asumió la entrega de los avales bancarios por el importe del último plazo.

La finalidad de la garantía pactada era garantizar el pago de la cantidad aplazada en la compraventa celebrada en la misma fecha. En el aval se "causaliza" la garantía, al vincularla expresamente al pago del último plazo del precio fijado en el contrato de compraventa de participaciones. En el contrato de compraventa, al fijar el precio, se hacía referencia a la entrega por el comprador al vendedor del aval bancario como garantía del precio aplazado, que debía abonarse el 8 de junio de 2012. La garantía, según se recoge en el propio documento del aval, expiraba el 8 de junio de 2012. Las partes no quisieron que el avalista quedara obligado a cumplir con independencia de que el deudor estuviera obligado a hacerlo o no, y por eso previeron que el avalista pudiera denegar el pago de la garantía si el comprador garantizado acreditaba "la existencia de reclamaciones derivadas de las contingencias y responsabilidades asumidas por el vendedor en virtud del contrato de compraventa".

La interpretación realizada por la Audiencia en el sentido de que cualquier reclamación realizada por el deudor principal extinguía la garantía es contraria a la propia función de garantía pactada, por lo que la sola declaración del deudor garantizado no es suficiente para excluir la obligación de pago del garante. Este, para evitar los costos y riesgos de tener que discutir la procedencia del pago, tanto con el acreedor como con el deudor en vía de regreso, pudo ofrecer una garantía a primer requerimiento. En el caso la obligación de pago del Banco no fue asumida como una obligación autónoma e independiente de la obligación de pago del precio que nacía del contrato y el Banco no estaba obligado a pagar por la simple reclamación del vendedor. Esta sala, por tanto, comparte el criterio de la Audiencia cuando dice que no estamos ante una garantía a primer requerimiento.

Pero ello no significa que el garante no deba pagar, de acuerdo con la función propia de la garantía comprometida, cuando queda acreditado que, conforme a lo previsto en el contrato del que nace la obligación garantizada, el deudor incumple su obligación. Producido el incumplimiento de la obligación garantizada, el garante debe responder, y otra cosa es que pueda oponer las excepciones que competan al deudor principal referidas a la deuda. En el caso se ha declarado judicialmente el incumplimiento del deudor principal, por lo que el Banco, que se comprometió como avalista solidario, renunciando expresamente a los beneficios de excusión, división y orden, debe pagar.

La interpretación de la Audiencia priva al aval pactado de la función de garantía del incumplimiento de pago del último plazo por el deudor: si no se quiere privar de contenido al aval, la cláusula que permite al banco denegar el pago en caso de que el comprador acredite la existencia de reclamaciones derivadas de la responsabilidad contractual del vendedor solo puede ser interpretada, de acuerdo con dicha función de garantía, en el sentido de que se dirige a evitar pagos no debidos por el comprador garantizado. La misma expresión de que el comprador "acredite" al avalista la existencia de reclamaciones derivadas de las responsabilidades asumidas por el vendedor en el contrato de compraventa solo tiene sentido si el avalista asume el riesgo de valorar si las reclamaciones son o no fundadas, si han quedado "acreditadas" para concluir si el pago del precio debe efectuarse o no.

Acreditado que el pago es debido y que las reclamaciones contra el vendedor invocadas por el comprador para negarse a pagar no eran fundadas, la garantía se dirige a reforzar el cumplimiento de la obligación principal. La obligación principal asegurada existe y en esa medida también la garantía, cuya vigencia no puede quedar al arbitrio del deudor principal. Por lo demás, en el propio aval se indica que el aval expiraría el 8 de junio de 2012, por lo que lo único coherente con la función de garantía asumida es que el aval seguía vigente, aunque hubieran mediado reclamaciones.

En definitiva, la obligación de garantía asumida no era independiente de la obligación garantizada y del contrato de compraventa del que nacía, y declarada la procedencia de pago del deudor al acreedor, procede declarar la del garante.

5.-Para finalizar, resta dar respuesta a las alegaciones de la entidad recurrida en su escrito de oposición, donde argumenta que el aval ha quedado extinguido, dado que, sin contar con su consentimiento, comprador y vendedor han llegado a un acuerdo que

en nada le aprovecha como avalista, pues a cambio de aceptar situaciones que constituían un incumplimiento y que facultaban a NPS para negarse a cumplir, Legión ha rebajado el precio pendiente.

No puede atenderse a este razonamiento.

Establecida la obligación del fiador, la transacción entre acreedor y deudor principal no extingue la fianza, si bien el fiador podrá oponerla como excepción inherente a la deuda (art. 1835.II CC). Si lo que se ha pactado es una rebaja en el precio no se ve en qué se perjudica la situación del fiador. Del mismo documento aportado se deduce que la cantidad que se le solicita en cumplimiento del aval es inferior a la que se garantizó inicialmente como consecuencia de la quita del 15% del importe adeudado y renuncia a los intereses y costas judiciales.

La obligación de pago del precio de NPS quedó establecida en la sentencia recurrida y este pronunciamiento ha quedado firme una vez que NPS desistió de su recurso de casación. El acreedor dirigió su demanda conjuntamente contra el deudor y el fiador, que contestaron separadamente. El fiador centró su defensa en que el aval no le era exigible por existir controversia entre el acreedor y el deudor y, por lo que se refiere a la justificación de las razones por las que el deudor no estaba obligado a pagar, se remitió a la defensa que de sí misma pudiera hacer la compradora deudora del precio garantizado.

En definitiva, la fianza no se ha extinguido, el fiador podrá oponer la transacción alcanzada y todo ello con independencia de los derechos que correspondan al fiador contra el deudor en el caso de que el primero pague.

6.-Por todo lo anterior, estimamos el recurso y casamos la sentencia recurrida en el sentido de declarar la responsabilidad solidaria de Banco Popular Español S.A. (ahora Banco Santander S.A.), en su condición de avalista de NPS».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 4173/2018] DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2019 [Ponente: Eduardo Baena Ruiz]

Protección de datos: registro de morosos. La inclusión de una deuda dudosa en un registro de morosos constituye una vulneración del derecho al honor: cuando, por un lado, en el plan de liquidación del concurso de acreedores se contempla la adjudicación del inmueble en pago de la deuda, pero, por otro, la ejecución separada, fuera del concurso, no conlleva la extinción de la deuda, existiendo controversia, la

entidad bancaria no debe incluir la deuda en el registro de morosos.

«Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.-Es objeto del presente juicio la pretensión de los actores, que eran los prestatarios y el avalista de un préstamo hipotecario, que se declare judicialmente que su mantenimiento en ficheros de solvencia entre julio de 2012 y junio de 2016 atentó gravemente contra su honor pues la entidad financiera era consciente que la deuda a que se refería tal inclusión había quedado extinguida con la adjudicación del inmueble en el procedimiento de ejecución hipotecaria y en aplicación del plan de liquidación aprobado en el concurso de acreedores de los prestatarios. Como consecuencia de tal declaración se solicita una indemnización de 30.000 euros para cada uno de los actores por daños morales y otros 50.000 euros para D. Raúl por daño patrimonial.

La entidad Caixa Geral se opone a tal pretensión afirmando que la ejecución separada de la deuda hipotecaria, fuera del concurso de acreedores, supuso que la deuda no se extinguió pese al plan de liquidación, y subsidiariamente se opone a las pretensiones indemnizatorias.

El Ministerio Fiscal en conclusiones solicita la estimación de la demanda en cuanto a la intromisión ilícita en el derecho al honor de los demandantes, pero se opone al abono de una indemnización en las sumas reclamadas.

2.-La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

La motivación literal para ello es la que sigue:

"Es cierto que el plan de liquidación del concurso abreviado 159/2011 que se tramita ante el Juzgado de lo Mercantil de esta ciudad contemplaba que en caso de que no pueda tener lugar la venta directa del inmueble (como así aconteció), el banco ahora demandado se adjudicaría el bien en pago de la deuda, (documento nº 8 de la demanda, de 15 de febrero de 2012) y tal plan de liquidación fue aprobado por el Juzgado mediante auto de fecha 22 de marzo de 2012 (doc nº 9). Pero también es cierto que en ejecución de tal liquidación el administrador concursal, en cumplimiento de lo previsto en el art. 152.1 de la Ley Concursal, presentó en abril de 2013 un escrito solicitando a las entidades financieras y concretamente a Banco Caixa Geral información sobre el estado de la ejecución hipotecaria, que podía suponer cancelada la deuda, pero tras evacuar tal solicitud el banco el propio administrador presentó el informe de seguimiento con fecha 24 de junio de

2013. En él reconocía expresamente que "En relación con la comunicación vertida el dos de mayo de 2013, por parte de la representación de Banco Caixa Geral en estas actuaciones, contestando petición realizada por esta Administración Concursal, y habiéndose concretado que por la subasta de la finca propiedad de los concursados se obtuvo una suma de 434.473,96 euros, y teniendo en cuenta que el crédito reconocido con privilegio especial ascendía a la suma de 534.770,83 euros, es por lo que esta Administración manifiesta que actualmente existe a favor de dicho banco un crédito ordinario por la suma de 100.296,87 euros, lo que comunicamos a los efectos legales oportunos" (doc. nº 10 de la contestación).

"Pues bien, ciertamente el auto aprobando el plan de liquidación no fue impugnado por el banco, que había iniciado ya la ejecución hipotecaria, pero tampoco lo fue por los concursados el informe trimestral de la administración concursal, que según la propia norma también se pone manifiesto en la oficina. Ello dio pie a que el banco considerara legítimamente que ese crédito que mantenía por la suma no recuperada en la ejecución hipotecaria había sido reconocido como crédito ordinario."

Reconoce que, aunque los concursados no se dirigieron durante cuatro años al Juzgado para solicitar una resolución judicial que amparara su pretensión, si es cierto que entregaron burofaxes a la entidad demandada con fechas 4 de julio de 2014 y 16 de febrero de 2016.

Hasta el 12 de abril de 2016 no solicitaron un pronunciamiento expreso del Juzgado.

Concluye el Juzgado que la "inclusión estaba justificada en un informe de la administración concursal y tenía su base en una interpretación normativa que no carecía de fundamento".

3.-La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que ha conocido la Sección nº 1 de la Audiencia Provincial de Valladolid que dictó sentencia el 17 de mayo de 2018 por la que desestimaba el recurso de apelación.

La audiencia asume los hechos probados de la sentencia de primera instancia, con la especificación de que "mediante auto de fecha 2 de junio de 2016, se ajustó el estado de la ejecución a las previsiones del plan de liquidación", esto es, que optó por la tesis que mantenían los concursados.

Para fundamentar la desestimación del recurso parte de un presupuesto de hecho que condiciona la valoración de la concurrencia de los requisitos exigibles para apreciar la ilegítima intromisión en la esfera personal de los demandantes, y es que los datos que constaron en los registros de morosos en

relación a los demandantes no eran en puridad, inciertos, sino que se correspondían con los que se reflejaron en el procedimiento concursal seguido ante el Juzgado de Mercantil nº 1 de Valladolid.

Concluye que "en definitiva, la actuación de la entidad bancaria se limitó a reflejar la información que se expresaba en el procedimiento concursal, lo que implica que no pueda considerarse errónea, aun cuando efectivamente lo fuera por su falta de adecuación al contenido del plan de liquidación aprobado judicialmente en el concurso más arriba expresado, error que no cabe imputar a la demandada, lo que ha de conllevar en definitiva, a la plena desestimación de la pretensión ejercitada."

4.-La representación procesal de la parte actora interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia en los términos que se expondrán mas adelante.

5.-La sala dictó auto el 10 de abril de 2019 por el que se acordó admitir el recurso de casación.

La parte recurrida formalizó escrito de oposición al recurso, si bien previamente alegó óbices sobre su admisibilidad.

6.-El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso de casación interpuesto y alego que:

"En caso de que sea estimado el recurso de casación y a efectos de determinar el quantum indemnizatorio, el Fiscal considera que deben tenerse en cuenta los parámetros fijados jurisprudencialmente (vid. ad exemplum STS nº 115/2019, de 20 de febrero):

"1) Número de consultas de los archivos

"2) Tiempo durante el que se mantuvo el dato no pertinente

"3) Trastorno y afección personal al verse incluido en una lista de morosos (padecimiento interior o subjetivo).

"4) Perjuicios económicos acreditados.

"5) Actividad que tuvo que desplegar para conseguir la rectificación o cancelación de los asientos.

"6) Difusión de la inclusión.

"Entendemos además que, en el caso presente, a efectos de modular la indemnización debiera ser igualmente objeto de ponderación.

"1) El hecho de que dos de los demandantes (Don Rubén y Doña María Milagros) durante la vigencia de las anotaciones estaban sometidos a un procedimiento concursal, cuya existencia implica una situación de insolvencia y una pluralidad de acreedores, por lo que el impacto de la incorrecta inclusión del crédito del Banco en su honor ha debido ser más limitado.

"2) El hecho de que los recurrentes en casación tenían en los ficheros del Banco de España otras anotaciones de riesgo procedentes de otras entidades.

"Debe también valorarse la documental obrante en la causa de la que se desprende que el fichero BADEXCUG en relación con Don Raúl fue consultado, a fecha junio de 2013, en los últimos seis meses por cinco entidades, siendo la entidad informante Banco Caixa Geral (folio 132, documento n.º 13).

"Igualmente debe valorarse en relación con Don Raúl que de los documentos numerados como 32 y ss. se desprende que le fueron denegadas operaciones de financiación como consecuencia de figurar como moroso en los ficheros. Se desprende igualmente de dichos documentos que con posterioridad a junio de 2013 hubo más consultas en el fichero de morosos."

SEGUNDO. -Recurso de casación. Enumeración y desarrollo.

El recurso de casación se interpone por infracción de los arts. 1 , 4.1 , 4.3 y 29.4 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; los arts. 8.4 , 38.1.a) y 41.1 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre; el art.60.2 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

La línea argumentativa principal del recurso de casación es la de que "Banco Caixa Geral SA no solicitó en ningún momento la modificación de la lista de acreedores, único supuesto en el que la resolución del juez del concurso mediante Auto, aceptando o no tal modificación, daría relevancia jurídica (necesaria para mantener la reclamación que pretendían) al crédito, ya que sería reconocido en el concurso de acreedores de mis mandantes."

Por ello, considera el recurrente que "no existiendo modificación del listado de acreedores, debió Banco Caixa Geral S.A. estarse a lo establecido en el Plan de Liquidación: la adjudicación del bien lo fue en pago de su deuda. No existiendo crédito reconocido en el concurso, nada amparaba a Banco Caixa Geral S.A. para mantener una posición deudora durante cuatro años. El recurrente en casación reprocha al juez a quo por entender que "no tenía que valorar la aplicación del derecho concursal que se hizo por la entidad demandada". Por el recurrente se sostiene que "[...] los Informes Trimestrales que con base al art. 152 de la Ley Concursal deben presentar periódicamente los administradores concursales en fase de liquidación son informes cuya trascendencia jurídica es informativa, no siendo medio para dar validez y/o reconocimiento jurídico a créditos, pues para ello está

el trámite procesal establecido en el art. 97 bis de la Ley Concursal."

El recurrente añade que "en todo caso, no podemos olvidar que la inclusión de una deuda dudosa en un registro de morosos constituye igualmente una vulneración del derecho al honor y que era la entidad bancaria la que, ante la mínima duda de veracidad de los datos (y en este caso la había) no debió comunicar los mismos o debió darlos de baja, sin tener que esperar a un pronunciamiento judicial que se remitía a lo ya dispuesto cuatro años atrás".

La línea argumentativa del recurso es la de que concurre la responsabilidad del Banco que trató/comunicó los datos inveraces. El Plan de Liquidación aprobado por resolución judicial firme/definitiva establecía que la deuda se extinguía con la adjudicación de la vivienda que garantizaba la deuda. Una vez adjudicada la vivienda por parte del Banco Caixa Geral, fue requerida para que la cancelara y diese de baja, y nada hizo. Que en algún Informe Trimestral se contemplase que existía deuda no exime a la entidad Bancaria del cumplimiento de lo dispuesto en el Plan de Liquidación, siendo la entidad bancaria la única responsable del traslado de datos inciertos (aunque sólo fueran de dudosa certeza) a ficheros automatizados y/o registros de morosos.

TERCERO. -Admisibilidad del recurso.

La sentencia 262/2016, de 20 de abril , por remisión a la sentencia de 9 de abril de 2012 , sostiene que "cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales,... esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción del derecho fundamental alegado...".

Precisamente es lo que interesan los recurrentes de esta Sala y, por ende, no carece el recurso de fundamento.

En tal sentido se pronuncia la sentencia 243/2018, de 24 de abril.

CUARTO. -Decisión de la sala.

1.-Es doctrina de la sala que la deuda debe ser, además de vencida y exigible, cierta, esto es, inequívoca e indudable, por lo que no cabe en estos registros deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio (sentencia n.º 245/2019, de 25 de abril).

Esta doctrina se matiza o se modula en el sentido de que no cabe cualquier oposición al pago de una deuda para calificarla de incierta o dudosa, pues de ser así la

certeza y exigibilidad de la deuda quedaría al exclusivo arbitrio del deudor.

De ahí, que se haya de estar a las circunstancias del supuesto de hecho que se enjuician.

2.-Pues bien, si así se obra se colige que la propia Audiencia y el Juzgado, cuyos hechos probados asume aquella, refleja el carácter incierto de la deuda.

El plan de liquidación preveía una cesión del bien en favor del Banco acreedor; éste consideró subsistente una parte de la deuda; la Administración Concursal en un primer momento mostró su acuerdo con la subsistencia; los deudores estaban en desacuerdo y así se lo notificaron al Banco acreedor en burofaxes fundamentados, y finalmente el Juzgado de lo Mercantil consideró que el crédito había quedado extinguido en su momento conforme a las previsiones del plan de liquidación, en resolución que devino firme al no ser objeto de recurso por el Banco.

En consecuencia, tanto si se acudiese a la interpretación de los términos del plan de liquidación, como a la interpretación normativa, se infería el carácter dudoso de la deuda, como los concursados hicieron ver a la entidad financiera a través de los burofaxes que se le entregaron.

Cuando el problema se plantea de frente al Juzgado, y no mediante informes del administrador concursal, aquel decide de forma clara y contundente a favor de la tesis que venían manteniendo los concursados.

Por tanto, su oposición a la deuda no era caprichosa sino justificada.

En esta tesitura, la entidad financiera, profesional del ramo, no debió incluir esta deuda en el registro de morosos y, de ahí, que, de acuerdo con la doctrina de la sala, el recurso deba prosperar como lesión del derecho al honor de los demandantes, pues los datos no superaban el test de calidad exigibles.

QUINTO. -Una vez resuelto casar la sentencia recurrida y entender lesionado el derecho al honor de los recurrentes, procedería fijar a favor de ellos la indemnización derivada de esa lesión.

No obstante, teniendo en cuenta, como informa el Ministerio Fiscal, todos los parámetros que se han de acreditar y valorar, es procedente, como autoriza la doctrina de la sala (sentencia n.º 278/2019, de 23 de mayo) acordar la devolución de los autos a este exclusivo fin, pues en ninguna de las instancias se han llevado a cabo valoraciones fácticas y jurídicas sobre las que pueda llevar la sala una labor de revisión.

Se trata de hacer un juicio de hecho y de derecho sobre la indemnización postulada, que debe llevar a cabo el órgano en su día llamado para ello, por exceder de una singular y no compleja asunción de la instancia por la sala».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2848/2016] DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2019 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Derecho de marcas: no puede existir confusión o asociación ante un término genérico, comúnmente utilizado en la venta y comercialización de productos o servicios similares, pues por sí solo no puede ser objeto de protección frente a su utilización por otros signos o marcas que lo empleen añadiendo otros elementos distintivos, gráficos o denominativos. El elemento denominativo por su carácter genérico tiene una distintividad escasa, razón por la que se descarta el riesgo de confusión, incluido el de asociación, cuando otros intervinientes en el mercado lo utilizan para servicios idénticos o similares a los amparados por las marcas.

«Aromas Selective S.L. (en lo sucesivo, Aromas Selective) interpuso una demanda contra Perfumes y Aromas Artesanales S.L. (en lo sucesivo, Perfumes y Aromas Artesanales) en la que ejercitó acción declarativa de infracción de las marcas españolas números 1217883, 2253980, 2319991 y 3030867, y acciones de cesación y de indemnización.

2.-El Juzgado Mercantil desestimó las acciones de infracción de las marcas 1217883 y 2319991, pues ambas estaban registradas para servicios de transporte, almacenaje y distribución de toda clase de mercancías, especialmente productos alimenticios, bebidas, droguería, perfumería, limpieza y artículos de regalo e higiene (clase 39 de la clasificación de Niza), y la demandada no desarrollaba actividad alguna similar a las amparadas por dichas marcas. El Juzgado Mercantil rechazó que las marcas de la demandante fueran notorias o renombradas, por lo que no era de aplicación la ampliación de la protección que la Ley de Marcas (en lo sucesivo, LM) otorga a las marcas notorias o renombradas respecto de productos, servicios o actividades de naturaleza diferente a aquellos para los que están registradas.

Y estimó las acciones de infracción de la marca 2253980, "Aromas", mixta, registrada para el servicio de comercio al por menor en el comercio de toda clase de mercancías, especialmente productos alimenticios, bebidas, productos de droguería y perfumería, limpieza y artículos de regalo e higiene (clase 35 de la clasificación de Niza), y la marca 3030867, "Aromas", denominativa, registrada para el servicio de venta al por menor a través de redes mundiales de informática (clase 35 de la clasificación de Niza), pues la demandada utiliza una denominación similar ("aromas

artesanales") a las marcas de la demandante, para distinguir en el mercado el mismo servicio (comercializar al por menor productos de perfumería). La infracción se produciría porque, tanto en las marcas registradas por la demandante como en el signo utilizado por la demandada, lo que capta predominantemente la atención del consumidor medio es el elemento denominativo "aromas", sin que el término "artesanales" que añade la demandante al término "aromas" atraiga la atención del consumidor significativamente. Por tal razón, "un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, asociaría las marcas de la parte actora con los signos utilizados por la parte demandada".

Las marcas que el juzgado consideró infringidas son las siguientes:

i) Marca 2253980, "Aromas", mixta, registrada para el servicio de comercio al por menor en comercio de toda clase de mercancías, especialmente productos alimenticios, bebidas, productos de droguería y perfumería, limpieza y artículos de regalo e higiene (clase 35 de la clasificación de Niza).

ii) Marca 3030867, "Aromas", denominativa, registrada para el servicio de venta al por menor a través de redes mundiales de informática (clase 35 de la clasificación de Niza).

Por su parte, el signo utilizado por la demandada, al que el juzgado imputa la infracción de las mencionadas marcas de la demandante, contiene la denominación "aromas artesanales". El término "aromas" está escrito en mayúsculas y con mayor tamaño, enmarcado en un rectángulo, con un pequeño rectángulo encima, a modo de esquematización de un frasco de perfume.

El juzgado declaró la infracción de estas dos últimas marcas de la demandante, y condenó a la demandada a cesar en el uso del signo "aromas artesanales" tal como lo hace actualmente, a indemnizar a la demandante en 21.012,73 euros más una indemnización no inferior a 600 euros por cada día transcurrido hasta que se produzca la cesación en la violación de las marcas de la demandante y a publicar la sentencia íntegramente en el diario "El Mundo".

3.-La sentencia fue apelada por ambas partes. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de la demandante porque había sido interpuesto fuera de plazo. Y estimó el recurso de la demandada, pues declaró que "no puede existir confusión ante un término genérico si no se le añade unas características gráficas o denominativas que lo hagan distinto del resto, siendo así que, en el caso de autos se aprecia por esta Sala la utilización de un término genérico,

comúnmente utilizado en la venta y comercialización de servicios similares, que por sí solo no puede ser objeto de protección frente a la utilización de dicho término por otros signos o marcas que empleen esa expresión "aromas" añadiendo signos distintivos, como es el caso de la expresión "artesanales" utilizada por la demandada, por lo que no puede haber confusión o asociación cuando tanto por la grafía utilizada como por la expresión "artesanales" añadida al término genérico, se está distinguiendo el signo de la demandada de las marcas de la actora".

La Audiencia Provincial tomó también en consideración que existían multitud de marcas que amparaban servicios similares que usaban el término "aromas" como elemento denominativo. Por tal razón, consideró que era aplicable el criterio de la compatibilidad, conforme al cual, si es posible la coexistencia de dos marcas que usan ese término, es admisible que coexista una tercera.

Por último, negó, como había hecho el Juzgado Mercantil, el carácter notorio o renombrado de las marcas de la demandante.

4.-La demandante ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido inadmitido, y un recurso de casación basado en tres motivos, que ha sido admitido.

SEGUNDO. -Formulación del primer motivo del recurso.

1.-En el encabezamiento del primer motivo se denuncia la infracción del art. 34.1 LM y de la jurisprudencia que lo interpreta.

2.-En el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción se ha cometido porque mientras no se cuestione la validez de la marca, el tribunal de apelación ha de partir de su validez, lo que ha sido desconocido por la Audiencia Provincial.

TERCERO. -Decisión del tribunal: la trascendencia de la escasa distintividad de la marca prioritaria en el enjuiciamiento del riesgo de confusión

1.-Aunque algunas de las expresiones utilizadas por la Audiencia Provincial en su sentencia podrían hacer pensar que está negando validez a las marcas registradas por la demandante, la lectura conjunta de los argumentos de esa sentencia muestra que la Audiencia, en el marco del enjuiciamiento de la infracción de la marca, considera que el elemento denominativo "aromas", por su carácter genérico, tiene una distintividad escasa para algunos de los servicios para los que se encuentran registradas las marcas de la demandante, en concreto los relacionados con la perfumería. Por tal razón, descarta el riesgo de confusión, incluido el de asociación, si otros intervinientes en el mercado utilizan, para

servicios idénticos o similares a los amparados por las marcas, ese elemento denominativo añadiendo algún otro elemento distintivo, gráfico o denominativo, como ocurre en el caso de la demandada, que utiliza un signo cuyo elemento denominativo es "aromas artesanales", al que añade un elemento gráfico.

2.-El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia de 27 de noviembre de 2008, asunto C-252/07, caso Intel, declaró que "a efectos de apreciar la existencia de un vínculo entre las marcas en conflicto, procede tener en cuenta la fuerza del carácter distintivo de la marca anterior".

La Sala Primera del Tribunal Supremo, al enjuiciar el riesgo de confusión, ha tomado en consideración la circunstancia consistente en que la similitud entre la marca y el signo supuestamente infractor se focalice en un elemento con escasa distintividad para los servicios o productos para los que se ha registrado la marca. Esa circunstancia disminuye el riesgo de confusión, puesto que cuanto menos distintividad tiene el elemento similar, más aptitud diferenciadora tendrán los demás elementos que diferencien uno y otro signo. Por tal razón, por lo general basta con que el signo del demandado añada algún elemento denominativo o gráfico, que le dote de una cierta distintividad y lo diferencie de la marca prioritaria, para evitar el riesgo de confusión. Así lo hemos declarado, por ejemplo, en las sentencias 240/2017, de 17 de abril, y 504/2017, de 15 de septiembre, por citar algunas de las más recientes.

3.-En el presente supuesto, la utilización del término "aromas" como elemento denominativo de marcas que distinguen servicios de venta al por menor o por internet de, entre otros productos, perfumes, y la existencia de numerosas marcas de las clases 3 y 35 que incluyen ese vocablo para distinguir perfumes o servicios relacionados con los perfumes, hace que ese elemento denominativo, por sí solo, tenga escasa fuerza distintiva para la distinción de perfumes o de servicios relacionados con perfumes, por su acusado carácter genérico o cuanto menos descriptivo de esos productos, los perfumes, objeto, entre otros, de los servicios amparados por las marcas.

4.-Por tal razón, que la Audiencia Provincial, al enjuiciar el riesgo de confusión en una acción de infracción, haya tomado en consideración la escasa fuerza distintiva del elemento denominativo de las marcas de la demandante (hay que precisar, para los servicios que tienen por objeto los productos respecto de los que el término "aromas" tiene un carácter genérico), para determinar si ha existido infracción en el uso de signos que distinguen servicios relacionados

con perfumes, no vulnera el precepto legal invocado ni la jurisprudencia que lo desarrolla.

CUARTO. -Formulación del segundo motivo.

1.-En el encabezamiento del segundo motivo se denuncia la infracción del art. 6.1.b LM y la jurisprudencia que lo interpreta.

2.-En el desarrollo del motivo, la recurrente alega que la Audiencia Provincial no ha realizado una valoración correcta del riesgo de confusión por cuanto no ha seguido el criterio dominante del análisis de conjunto.

QUINTO. -Decisión del tribunal: irrelevancia del precepto legal cuya infracción se denuncia.

1.-El precepto que se invoca como infringido en este motivo tiene este contenido:

"1. No podrán registrarse como marcas los signos: [...]

" b) Que, por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior".

2.-En el enjuiciamiento de una acción de infracción de marca, el art. 6.1.b de la Ley de Marcas es irrelevante, puesto que el mismo solo sería relevante si se hubiera ejercitado una acción de nulidad de marca por causa de nulidad relativa.

3.-La inexistencia de la infracción del precepto legal citado en el motivo como infringido determina su desestimación.

SEXTO. -Formulación del tercer motivo 1.-En el tercer y último motivo del recurso se denuncia la infracción de los apartados 1 y 2 del art. 8 LM. 2.-La infracción consiste en que la Audiencia Provincial no ha reconocido el carácter notorio de las marcas de la demandante.

SÉPTIMO. -Decisión del tribunal: desestimación del motivo.

1.-La Audiencia Provincial ha afirmado que no hay prueba de que las marcas de la demandante sean conocidas por un sector relevante del público español al que se destinan los servicios amparados por tales marcas. 2.-Los argumentos mediante los que la demandante desarrolla el motivo parten de bases fácticas diferentes de las sentadas en la instancia, lo que es improcedente en un recurso de casación».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3281/2016] DE 1 DE OCTUBRE DE 2019 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Derecho de obligaciones y contratos: consentimiento y valor del silencio. Con carácter general, cuando en el marco de una relación jurídica una de las partes lleva a

cabo un acto concreto que debería obtener una respuesta de la otra, bien aceptándolo bien rechazándolo, si esta última, pudiendo y debiendo manifestarse, guarda silencio, debe considerarse, en aras de la buena fe, que ha consentido.

«Desde el año 1996, D. Víctor prestó sus servicios a Caixa Galicia (actualmente, Abanca) como letrado en Ferrol, en procesos de ejecución por operaciones de crédito.

2.-A partir de diciembre de 2009, las partes convinieron un sistema de determinación de los honorarios que el letrado tendría derecho a percibir por su actuación profesional, que distinguía entre: i) el cobro total y extrajudicial de la deuda merced a las gestiones del abogado; ii) el cobro total de la deuda en vía judicial; iii) el cobro parcial de la deuda en vía judicial; iv) el supuesto de adjudicación a la Caja en subasta de los bienes o derechos hipotecados o embargados al deudor; y v) el supuesto de adjudicación con cesión de remate a favor de un tercero.

Para el supuesto de adjudicación a favor de la Caja, se preveía que el letrado percibiría unos honorarios calculados sobre una base reducida, en aplicación de las normas del respectivo Colegio de Abogados, pero con el límite máximo de 3.500 €.

Y para el supuesto de cesión del remate a favor de tercero, el letrado tendría derecho a percibir los honorarios resultantes de la aplicación de las tarifas del correspondiente Colegio de Abogados, pero sobre una base reducida, en la que se tomaría como base de cálculo la cantidad efectivamente percibida por la Caja, cualquiera que fuera el importe por el que se hubiera efectuado el remate. Mientras que, si el precio real de la cesión implicase que la Caja percibía el importe total de la deuda contabilizada en litigio, el abogado percibiría los honorarios resultantes de la aplicación de las normas colegiales, sin reducción alguna de la base de cálculo.

3.-El 7 de febrero de 2011, las partes modificaron el acuerdo de 2009 y redujeron a 2.000 € el máximo a percibir en caso de cobro parcial de la deuda en vía judicial. Y respecto a los procedimientos de ejecución en los que la demanda fuera de fecha posterior al 1 de enero de 2011, se redujeron los honorarios a 2.000 € para el caso de adjudicación a favor de la Caja; y se pactó una reducción del 25% o del 50% en el caso de que la subasta se celebrara pasado un año y antes de los dieciocho meses siguientes a la presentación de la demanda, o superado este último plazo, respectivamente.

4.-El 25 de marzo de 2011, la Caja, a través del letrado jefe de su asesoría jurídica, dirigió a los letrados externos (entre ellos, el Sr. Víctor) un correo electrónico, en el que comunicaba unos cambios para el caso de adjudicaciones de bienes en subasta. En lo que ahora importa, expresaba:

"A partir de este momento se va a producir un cambio relevante en las adjudicaciones de bienes en subasta. Como sabéis, hasta este momento se daban instrucciones de que, en caso de no comparecer postores, se solicitase la adjudicación de los bienes a favor de la Caja renunciado expresamente a la cesión de remate, a fin de agilizar la obtención del Decreto de adjudicación.

"Pues bien, desde este momento y con carácter general, se va a ceder el remate de los bienes a la sociedad del Grupo NovaCaixaGalicia, NGC DIVISIÓN GRUPO INMOBILIARIO S.L., lo que hace necesario que cumpláis las siguientes directrices en las subastas [...].

"En todo caso, estas adjudicaciones con cesión de remate a efectos del cálculo de la minuta de letrado tendrán la consideración, a todos los efectos, de cobro por adjudicación a favor de la Caja, quedando por tanto sujetas al régimen establecido para estos supuestos en el sistema de honorarios suscrito con la Caja".

5.-El 2 de enero de 2012, la entidad y el Sr. Víctor suscribieron un denominado "contrato marco de colaboración para la prestación de servicios jurídicos de recuperación a NCG BANCO S.A.", en cuya parte expositiva se alude al sistema de cobro de honorarios profesionales a favor de los letrados de Caja de ahorros de Galicia "que, con algunos cambios, ha estado en vigor hasta la firma del presente contrato y que es de aplicación a todos los expedientes entregados para la gestión hasta el 31 de diciembre de 2011".

El anexo del referido contrato marco equipara expresamente, a efectos de honorarios, las adjudicaciones a favor de la Caja con las realizadas mediante cesión de remate a favor de entidades participadas por ella; y fija un máximo de 2.000 € de honorarios para estos supuestos.

6.-Entre finales de 2014 y mediados de 2015, el Sr. Víctor emitió una serie de facturas de honorarios correspondientes a quince procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados antes del 1 de enero de 2012, en los que se cedió el remate a una sociedad patrimonial participada al 100% por la Caja. Para el cálculo de los honorarios, aplicó la regla prevista en el acuerdo de 2009 para los supuestos de cesión de remate a un tercero, sin someterse al límite cuantitativo de 2.000 € establecido para las

adjudicaciones a favor de la Caja en el referido acuerdo de 2009 y en su novación de enero de 2011.

Las quince facturas emitidas por el Sr. Víctor suman 929.579,05 € (sin computar IVA, ni retención de IRPF).

7.-En 2015, el Sr. Víctor promovió un procedimiento de cuenta jurada contra Abanca, que solo reconoció una deuda de 19.360 €, IVA incluido, pero sin retención de IRPF.

8.-Abanca formuló una demanda contra el Sr. Víctor, en la que solicitó que se declarase que las relaciones entre las partes estaban sujetas a los límites de honorarios antes indicados y que se condenara al demandado al pago de las cantidades excedidas.

9.-La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Resumidamente, consideró que los supuestos de adjudicación directa a favor de la entidad y la cesión del remate a un tercero (aunque fuera una sociedad del mismo grupo) eran diferentes, así como que el correo electrónico de marzo de 2011 no tuvo ninguna eficacia novatoria, porque no fue aceptado por el Sr. Víctor ni expresa ni tácitamente.

10.-Recurrida la sentencia de primera instancia por la entidad bancaria, el recurso de apelación fue estimado por la Audiencia Provincial, que revocó la sentencia apelada.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO. -Primer motivo de infracción procesal. Error en la fijación de los hechos controvertidos.

Planteamiento: 1.-El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, en relación con el art. 24 CE, por error patente en la fijación de los hechos no controvertidos. 2.-En su desarrollo, el recurrente argumenta, resumidamente, que la Audiencia Provincial considera no controvertidos una serie de hechos que sí lo eran. En particular, que las partes estableciesen en la cláusula 2.5 del acuerdo de diciembre de 2009 un pacto sobre honorarios que regulase los supuestos de adjudicación de cesión de remate a favor de un tercero; que en el anexo del contrato de 2 de enero de 2012 se equiparasen expresamente, a efectos de honorarios, las adjudicaciones a favor de la caja con las realizadas mediante cesión de remate a favor de entidades participadas por ella, fijando un máximo de 2.000 € de honorarios; y que la Caja remitiese el 25 de noviembre de 2011 la comunicación de correo electrónico.

Decisión de la Sala:

1.-La fijación de los hechos controvertidos y no controvertidos corresponde a las partes "con el tribunal", en la audiencia previa, según determina el art. 428.1 LEC, y no consta que la Audiencia Provincial se apartara de que lo que se fijó como tal en dicho

acto procesal, al que ni siquiera se hace mención en el motivo. Es más, tampoco se justifica cuál es el encaje de una posible vulneración del art. 428.1 LEC en los cauces de impugnación del art. 469.1 LEC, ni porqué se entiende vulnerado el art. 24 CE.

2.-Cuando la Audiencia Provincial dice que sobre los hechos no hay controversia lo que quiere decir es que la discrepancia entre las partes fundamentalmente no es fáctica, sino jurídica. No quiere decir que hubiera acuerdo sobre la modificación de las relaciones contractuales entre las partes, ni sobre las reducciones de los honorarios (en cuyo caso, ni siquiera habría habido pleito), sino que, sobre unos determinados datos fácticos -el intercambio de comunicaciones entre las partes y la falta de contestación del Sr. Víctor al correo electrónico enviado por el director de la asesoría jurídica-, la Audiencia Provincial extrae una serie de consecuencias jurídicas en orden a la existencia de consentimiento por parte del Sr. Víctor.

3.-El motivo, tal y como ha sido formulado y desarrollado, impugna valoraciones realizadas por el tribunal de instancia, unas relativas a la determinación de los hechos y otras jurídicas, con la pretensión de que se vuelva a revisar el enjuiciamiento de la cuestión litigiosa como si se tratara de un recurso ordinario que permitiera un nuevo enjuiciamiento en la instancia.

Como hemos declarado en múltiples resoluciones, la selección de los hechos más relevantes y la determinación de las conclusiones fácticas que se extraen del proceso valorativo corresponden a los tribunales de instancia.

4.-Por lo que este primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO. -Segundo motivo de infracción procesal. Valoración de la prueba documental privada. Planteamiento:

1.-El segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1-4º LEC, por infracción del art. 24 CE, en relación con los arts. 326.1 y 319.1 LEC.

2.-En el desarrollo del motivo, la parte aduce, resumidamente, que las normas tasadas que prevén estos preceptos no fueron observadas en la valoración del documento 14 de los aportados con la demanda, en el que se establecen los honorarios que debía percibir el recurrente por sus servicios como abogado.

Decisión de la Sala:

1.-En contra de lo que afirma el motivo, la valoración de la prueba documental no está sometida a un sistema tasado. Al contrario, la valoración de los documentos privados debe hacerse en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba (sentencias 458/2009, de 30 de junio, 163/2016, de 16

de marzo, y 642/2016, de 26 de octubre), puesto que en nuestro ordenamiento procesal rige el principio de valoración conjunta de la prueba (sentencia 356/2016, de 30 de mayo).

Una cosa es el valor probatorio de los documentos en cuanto a la autenticidad, fecha o personas que intervinieron, y otra distinta la interpretación acerca del contenido de los documentos (por todas, sentencia 235/2018, de 23 de abril), puesto que la expresión "prueba plena" del artículo 326.1 LEC no significa que el tribunal no deba valorar el contenido de los documentos de acuerdo con las reglas de la sana crítica y conforme al conjunto de las pruebas aportadas.

2.-La valoración que hace la Audiencia Provincial sobre los documentos en que se recogieron las relaciones profesionales entre las partes es de carácter jurídico y no puede ser combatida en el recurso extraordinario por infracción procesal, sino, en su caso, en el recurso de casación.

Razones por las cuales este segundo motivo del recurso extraordinario de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

CUARTO. -Tercer motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba documental. Planteamiento:

1.-El tercer motivo de infracción procesal se formula por el cauce del art 469.1 LEC, por infracción del art 24 CE, por valoración ilógica o error patente en la valoración del documento 14 de la demanda.

2.-Al desarrollar el motivo, arguye el recurrente que, pese a las conclusiones de la sentencia recurrida, en el Anexo del contrato de 21 de enero de 2012 ni siquiera se prevé, a efectos de honorarios, el supuesto de cesión de remate, ni se hace distinción alguna en función de que la adjudicación se produzca a favor de una entidad participada por la Caja o a favor de un tercero.

Decisión de la Sala:

1.-El recurso por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1-4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En la sentencia 229/2019, de 11 de abril (con cita de otras muchas), recordamos que la denuncia de errores de valoración probatoria debe referirse a errores fácticos, -materiales o de hecho-, que sean inmediatamente verificables de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2.-En este caso, lo que se denuncia no son errores fácticos, sino valoraciones jurídicas sobre los pactos

existentes entre las partes en orden al devengo y cuantía de los honorarios del recurrente. Lo que es ajeno al ámbito de este recurso de infracción procesal.

3.-En consecuencia, este tercer motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

QUINTO. -Cuarto motivo de infracción procesal. Valoración de la prueba.

Planteamiento:

1.-El cuarto motivo de infracción procesal se formula al amparo del art 469.1-4º LEC y denuncia la valoración ilógica y error patente en la valoración del documento número 4 de la demanda.

2.-En el desarrollo del motivo, el recurrente argumenta, de manera resumida, que, a pesar de la estipulación 1.4 del acuerdo de diciembre de 2009 y de su fuerza obligacional, la sentencia impugnada considera que el letrado demandado venía obligado a contestar expresamente el correo electrónico de 25 de marzo de 2011, otorgando a dicho silencio un valor que no corresponde.

Decisión de la Sala:

1.-Como hemos expuesto en el fundamento jurídico segundo, no existen unas reglas tasadas de valoración de la prueba documental.

Lo que la parte recurrente identifica como un supuesto error de valoración de la prueba, realmente es una valoración jurídica sobre el alcance de las comunicaciones entre las partes, inclusive la falta de contestación a una de ellas, que, en su caso, habría de ser combatida en el recurso de casación, pero no el extraordinario por infracción procesal, so pena de convertir al Tribunal Supremo en una tercera instancia.

2.-Por estas razones este motivo de infracción procesal también debe decaer.

SEXTO. -Quinto motivo de infracción procesal. Inexistencia de reglas tasadas para la valoración de la prueba documental.

Planteamiento:

1.-El quinto motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art 469.1-4º LEC, por infracción del art 24 CE, en relación con los arts. 326.1 y 319.1 LEC.

2.-En el desarrollo del motivo, alega la parte recurrente que los mencionados preceptos establecen reglas tasadas que no fueron observadas en la valoración del documento número 4 de la demanda, dado que la sentencia debió haber valorado que la exigencia contractual de aceptación expresa impuesta por la cláusula 1.4 del acuerdo de diciembre de 2009 era incompatible con apreciar en el demandado un "deber de hablar".

Decisión de la Sala:

1.-Nuevamente se invoca un inexistente sistema de valoración tasada de la prueba documental y se confunde la valoración jurídica con la fáctica.

2.-Por ello, este motivo también ha de ser desestimado.

SÉPTIMO. -Sexto a noveno motivos de infracción procesal. Valoración de la prueba documental. Confusión entre valoración de la prueba y valoración jurídica.

Planteamiento:

1.-En los motivos sexto a noveno de infracción procesal, formulados conforme al art 469.1-4º LEC, el recurrente denuncia la infracción de los arts. 326.1 y 319.1 LEC, que establecen reglas tasadas que no fueron observadas en la valoración de los documentos 18,18 bis, 54, 55, 56, 29, 30 y 31 de los aportados con la contestación a la demanda.

2.-En el desarrollo de los motivos, el recurrente considera, resumidamente que los mencionados documentos acreditan que el letrado recurrente siguió emitiendo sus facturas de honorarios conforme a lo pactado con posterioridad al correo electrónico de 25 de marzo de 2011, por lo que no pudo existir aceptación tácita de lo indicado en el mismo, ya que minuyó por cantidades muy superiores a las que se derivarían de la supuesta aceptación de la propuesta contenida en el mencionado correo electrónico.

3.-Dada la evidente conexidad argumental entre estos cuatro motivos de infracción procesal, se resolverán conjuntamente, a fin de no incurrir en inútiles reiteraciones.

Decisión de la Sala:

1.-Estos cuatro motivos van todavía más allá en su improcedencia que los anteriores, pues junto a la invocación de una inexistente regla de valoración tasada de la prueba documental, pretenden que este tribunal entre a valorar cada uno de los documentos como si se tratara de una tercera instancia.

2.-Los argumentos del recurrente, propios de un recurso de apelación, pero absolutamente inadecuados para un recurso extraordinario como el presente, confunden nuevamente la valoración de la prueba con la valoración jurídica.

3.-En consecuencia, los motivos sexto a noveno de infracción procesal han de ser desestimados.

OCTAVO. -Décimo motivo de infracción procesal. Valoración ilógica de la prueba documental.

Planteamiento:

1.-El décimo motivo, formulado al amparo del ordinal 4º del art 469.1 de la LEC, se funda en la infracción del art. 24 CE, por valoración ilógica y arbitraria del documento número 74 de la demanda.

2.-En el desarrollo del motivo se argumenta que no puede extractarse una frase de un correo electrónico para deducir que el recurrente había aceptado el nuevo sistema de retribución propuesto por su principal.

Decisión de la Sala:

El motivo incurre en los mismos defectos de formulación y en las mismas confusiones que ya se han puesto de manifiesto, por lo que ha de ser desestimado sin más trámite, por simple remisión a lo ya expuesto.

NOVENO. -Undécimo motivo de infracción procesal. Infracción de las limitaciones de cognición en el recurso de apelación.

Planteamiento:

1.-El undécimo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1-2º LEC, por infracción del art. 465.5 LEC.

2.-Al desarrollar el motivo, aduce el recurrente que en la contestación a la demanda alegó que la entidad actora había percibido el importe de un crédito por costas procesales derivadas de la actuación del letrado demandado, pese a lo cual se negó a abonárselo. Esta alegación fue acogida por la sentencia de primera instancia, pero se desestimó por el tribunal de apelación, sin que dicho pronunciamiento hubiera sido impugnado en el recurso de apelación.

Decisión de la Sala:

1.-En el recurso de apelación, la parte apelante solicitó su íntegra estimación, por lo que impugnó la totalidad de los pronunciamientos de la sentencia apelada, inclusive la apreciación por la misma de la alegación de enriquecimiento injusto en relación con el cobro de las costas procesales a que se refiere el motivo.

2.-Como consecuencia de ello, el tribunal de apelación tenía plena jurisdicción para analizar y resolver todos los extremos fácticos y jurídicos planteados en la primera instancia, por lo que no hubo infracción alguna del art. 465.5 LEC.

3.-En su virtud, este último motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

Recurso de casación.

DÉCIMO. -Primer motivo de casación. Consentimiento tácito. Valor del silencio.

Planteamiento:

1.-El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 1262 CC, en relación con el art. 1091 CC, en cuanto regulan el consentimiento contractual.

2.-En el desarrollo del motivo, el recurrente alega, resumidamente, que, pese al contenido de la estipulación 1.4 del acuerdo de diciembre de 2009 y de su fuerza obligacional, la sentencia recurrida considera erróneamente que el letrado recurrente

estaba obligado a contestar expresamente el correo electrónico de 25 de marzo de 2011, y al no hacerlo así, aceptó tácitamente la reducción de honorarios a que se refería dicha comunicación electrónica.

Decisión de la Sala:

1.-El art. 1262 CC considera existente el consentimiento en los contratos cuando concurren la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa. Cuando se trata de contratación entre ausentes, como ocurre cuando las partes no tratan personalmente sino por otro medio, como en este caso el correo electrónico, el propio art. 1262 CC establece en su segundo párrafo que "hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosele remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe". Y el párrafo siguiente apostilla que "en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación".

No obstante, ninguna de tales previsiones exige que la aceptación se preste de forma expresa.

2.-Esta sala ha declarado que el conocimiento no equivale a consentimiento, así como que debe distinguirse el silencio con efectos de consentimiento del consentimiento tácito.

Consentimiento tácito es el que deriva de actos concluyentes que, sin consistir en una expresa manifestación de voluntad, permiten reconocerla indubitadamente. Así, la sentencia 257/1986, de 28 de abril, indicó que:

"[I]a declaración de voluntad generadora del negocio jurídico no es necesario que sea explícita y directa, pero es imprescindible que la tácita se derive de actos inequívocos que la revelen sin que quepa atribuirle otro significado, cuya valoración corresponde al arbitrio de los Tribunales según las circunstancias que concurran en cada caso".

El silencio no supone genéricamente una declaración, pues, aunque no puede ser indiferente para el Derecho, corresponde estar a los hechos concretos para decidir si cabe ser apreciado como consentimiento tácito, esto es, como manifestación de una determinada voluntad. De manera que el problema no está tanto en decidir si el silencio puede ser expresión de consentimiento, como en determinar en qué condiciones puede ser interpretado como tácita manifestación de ese consentimiento (sentencias 135/2012, de 29 febrero; 171/2013, de 6 marzo; y 540/2016, de 14 de septiembre).

Para que el silencio tenga relevancia a efectos de consentimiento, requiere la concurrencia de dos factores (sentencia 483/2004, de 9 de junio): uno, de carácter subjetivo, implica que el silente tenga

conocimiento de los hechos que motivan la posibilidad de contestación; otro, de carácter objetivo, exige que el silente tenga obligación de contestar, o, cuando menos, fuera natural y normal que manifestase su disenso, si no quería aprobar los hechos o propuestas de la otra parte.

3.-Con carácter general, cuando en el marco de una relación jurídica preexistente una de las partes lleva a cabo un acto concreto que debería obtener una respuesta de la otra, bien aceptándolo bien rechazándolo, si esta última, pudiendo y debiendo manifestarse, guarda silencio, debe considerarse, en aras de la buena fe, que ha consentido (sentencias 842/2004, de 15 de julio ; 799/2006, de 20 de julio; y 848/2010, de 27 de diciembre).

En la sentencia 772/2009, de 7 de diciembre, con cita de otras muchas, declaramos que el silencio tiene la significación jurídica de consentimiento o de conformidad cuando se puede y debe hablar (qui siluit quum loqui et debuit et potuit consentire videtur) y hay obligación de responder cuando entre las partes existe una relación de negocios, así como cuando resulta lo normal y natural conforme a los usos generales del tráfico y la buena fe.

Y es que, en tales supuestos, con la comunicación de la discrepancia, se evita que la otra parte pueda formarse una convicción equivocada, derivada del silencio del otro, con daño para su patrimonio.

Máxime si, como ocurrió en el caso, después de que el comitente cambiara las condiciones de pago, el letrado siguiera realizando los servicios jurídicos para dicho principal.

4.-En este caso, las partes mantenían relaciones profesionales desde hacía más de quince años, era habitual que hubiera reuniones y comunicaciones internas sobre la estrategia a seguir respecto de los procedimientos judiciales y su consiguiente repercusión en los honorarios a cobrar por los letrados, y no podía ignorarse un correo electrónico del jefe de la asesoría jurídica que establecía un nuevo sistema de facturación y cobro. Consta que el recurrente tuvo conocimiento de dicho correo, por lo que, si no lo contestó, era conforme a la buena fe contractual que la otra parte considerase que no se oponía al nuevo sistema, ya que lo lógico era, que se se oponía, lo hubiera manifestado expresamente mediante contestación al correo electrónico.

Que el recurrente, pese a todo, siguiera facturando conforme a lo pactado anteriormente no quiere decir que no hubiera consentido tácitamente, sino que incumplió lo establecido. Entre otras cosas, porque una declaración expresa de disconformidad hubiera situado la relación en otro ámbito, puesto que la Caja

podría haberse planteado mantener sus servicios en las antiguas condiciones o prescindir de ellos dada su falta de conformidad.

5.-En consecuencia, no cabe apreciar la infracción legal denunciada. Por lo que este primer motivo de casación debe ser desestimado.

UNDÉCIMO. -Segundo motivo de casación. Fuerza vinculante del contrato.

Planteamiento:

1.-El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1091, 1256 y 1100.2, párrafo segundo, CC.

2.-En el desarrollo del motivo, el recurrente sostiene, resumidamente, que, pese a la fuerza obligacional de la cláusula 3.6 del acuerdo de 2009, por el que se facultaba al director adjunto de relaciones jurídicas de la Caja para dictar las resoluciones precisas para el desarrollo y ejecución del sistema de cobro de los honorarios, la sentencia recurrida otorga valor jurídico a las instrucciones impartidas en un correo electrónico remitido por una persona distinta de la señalada contractualmente, permitiendo con ello que el cumplimiento del contrato haya quedado a su arbitrio y considerando exigible una inexistente obligación del recurrente de responder expresamente a dicho correo electrónico.

Decisión de la Sala:

1.-Que los contratos tengan fuerza de ley entre las partes y deban cumplirse en sus propios términos (art. 1091 CC) y su cumplimiento no pueda quedar al arbitrio de una de ellas (art. 1256 CC) no significa que una relación contractual continuada en el tiempo no pueda tener variaciones ni que, de mutuo acuerdo, las partes puedan modificar lo inicialmente pactado.

2.-La parte recurrente incurre en una petición de principio, pues intenta justificar su falta de contestación al correo electrónico, con los efectos que ello conllevó respecto de una prestación del consentimiento por asentimiento tácito, en una supuesta modificación unilateral del contrato por parte de la entidad comitente.

No hubo tal modificación unilateral, sino que la asesoría jurídica expuso a los letrados externos (no solo al recurrente) las nuevas condiciones de trabajo y retribución de los servicios profesionales y estos eran libres de aceptarlas o no; en cuyo último caso tendrían que haber intentado pactar otras condiciones, o directamente, desvincularse del contrato de arrendamiento de servicios profesionales, al no convenirles ya las nuevas.

Pero si el Sr. Víctor no se opuso expresamente y ni siquiera mostró su discrepancia tras la recepción del correo electrónico, no puede achacar incumplimiento

a la otra parte, pues ésta actuó en el convencimiento legítimo de que había asumido y aceptado las nuevas condiciones y conforme a ellas debía facturar los servicios profesionales afectados por la modificación.

3.-En su virtud, este segundo motivo de casación debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

DUODÉCIMO. -Tercer motivo de casación. Interpretación de los contratos.

Planteamiento:

1.-En el motivo tercero se alega infracción de los arts. 1281 y 1282 CC y de la jurisprudencia que los interpreta.

2.-Al desarrollar el motivo, el recurrente alega, resumidamente, que su voluntad no debe ser interpretada como conformidad tácita con la modificación contractual introducida por la entidad recurrida, puesto que ello se contradice con sus actos anteriores y coetáneos.

Decisión de la Sala:

1.-En este motivo de casación la parte vuelve a replantear, con una cita de preceptos infringidos diferentes, la misma cuestión a que se refiere el motivo primero de casación.

2.-No se trata de que la Audiencia Provincial se haya apartado de los criterios de interpretación de los contratos establecidos en los arts. 1281 y 1282 CC, sino que lo que hace, correctamente, es otorgar valor a la falta de oposición del recurrente a las modificaciones contractuales propuestas por la Caja. Y como hemos dicho, que el recurrente, pese a esa falta de oposición, no respetara tales modificaciones, no supone que no consintiera, sino que incumplió lo previamente consentido.

3.-Por consiguiente, este motivo de casación también debe decaer.

DECIMOTERCERO. -Cuarto motivo de casación. Enriquecimiento injustificado.

Planteamiento:

1.-En el motivo cuarto se denuncia la infracción del art. 1895 CC y de la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injustificado.

2.-En el desarrollo del motivo, arguye la parte recurrente, de manera resumida, que la Caja se ha enriquecido injustificadamente con los honorarios devengados por los procedimientos hipotecarios nº 55/2011 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ferrol y nº 9129/2010 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Betanzos, puesto que en ambos la entidad ha percibido e ingresado el importe de un crédito por costas procesales derivado de la actuación profesional del demandado, que debe devolver en el primer caso y que no puede cobrar en el segundo.

Decisión de la Sala:

1.-El recurrente parte de un error en el planteamiento del motivo. Las costas procesales no pertenecen al abogado, sino al cliente beneficiario de la condena en costas a la parte contraria (sentencias 193/2017, de 16 de marzo; y 318/2018, de 30 de mayo, entre otras muchas).

2.-Tampoco concurren los requisitos del enriquecimiento injustificado. La jurisprudencia de esta sala ha conceptualizado el enriquecimiento injusto como un enriquecimiento sin causa.

Bajo esta concepción, como se afirma en la doctrina, "por justa causa de una atribución patrimonial debe entenderse aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir ésta y conservarla, lo cual puede ocurrir porque existe un negocio jurídico válido y eficaz o porque existe una expresa disposición legal que autoriza aquella consecuencia" (sentencia 768/2015, de 13 de enero).

Y, en este caso, la atribución de las costas a la entidad comitente de los servicios no puede considerarse injustificada.

3.-Por la misma razón, no puede resultar infringido el art. 1895 CC, puesto que la Caja no recibió nada que no tuviera derecho a cobrar, ya que era la beneficiaria de las costas impuestas a las partes contrarias en los procedimientos judiciales en cuestión. Ni tampoco hubo error en su entrega. Por lo que faltan los dos presupuestos básicos de aplicación del precepto y no puede considerarse que haya existido cobro de lo indebido.

4.-En consecuencia, este último motivo de casación también debe ser desestimado».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3458/2017] DE 16 DE OCTUBRE DE 2019 [Ponente: Eduardo Baena Ruiz]

Derecho de obligaciones y contratos: contratos de duración indefinida. El hecho de que se aprecie mala fe o conducta desleal en el ejercicio del derecho de desistimiento no obsta a la extinción del vínculo, sin perjuicio de que dé lugar a una indemnización cuando se ocasionen daños y perjuicios. Criterios para fijar la indemnización de daños y perjuicios en los casos de desistimiento ad nutum de contratos de duración indefinida.

«En el pleito de origen del presente recurso, el Real Automóvil Club de Valencia interpuso demanda de juicio ordinario contra el Real Automóvil Club de España.

En la demanda se solicitó por la parte actora que se declare que la parte demandada ha incumplido las obligaciones que para la misma derivaban el contrato de 2 de marzo de 1995 y sus anexos y que se condene a dicha parte demandada al cumplimiento del mencionado contrato y a la entrega anual a la actora de la suma de 334.980 euros, así como al pago de los gastos producidos.

2.-La parte demandada se opuso a la demanda, solicitando la absolución de las pretensiones en ella contenidas. Asimismo, formuló reconvencción solicitando la resolución del contrato de 2 de marzo de 1995 y sus anexos.

3.-La parte actora en su contestación a la reconvencción alegó la existencia de cosa juzgada, señaló que en el contrato de 2 de marzo de 1995 y sus anexos no se prevé la posibilidad de resolución por circunstancias sobrevenidas, introduciéndose cláusulas de estabilización para que ninguna de las partes pudieran utilizar la existencia de causas sobrevenidas y, con carácter subsidiario a la desestimación de la reconvencción, solicitó que se fijara la fecha de finalización del contrato la de 23 de diciembre 2023.

4.-La sentencia de primera instancia estimó la demanda interpuesta por RACV, declarando que el RACE ha incumplido sus obligaciones, condenando a este último al cumplimiento del contrato, a que entregue anualmente al RACV la suma de 334.980 euros, más los gastos de agua, luz, teléfono, alquiler de local, garaje, gastos de comunidad y demás gastos habituales que tiene la oficina, a que se presten exclusivamente los servicios a los socios en la oficina del RACV, a que todos los complementos regalos, correspondencia a asociados, publicidad, guía, revistas, captación de socios y cualquier otra comunicación lo sea bajo el anagrama RACE-RACV, a que en los boletines de inscripción de socios conste solamente el anagrama RACE-RACV y a que el carnet de identificación de los socios lleve solo el anagrama RACE-RACV. Asimismo, estima parcialmente la reconvencción, declarando que el contrato de 2 de marzo de 1995 y sus anexos quedará resuelto por voluntad unilateral del RACE y extinguido el 23 de diciembre de 2023, debiendo cumplir el RACE sus obligaciones hasta la referida fecha.

5.-Contra dicha resolución se interpusieron sendos recursos de apelación por ambas partes, los cuales fueron resueltos por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta, de fecha 18 de

marzo de 2014. Dicha resolución desestimó ambos recursos confirmando lo dispuesto por la sentencia de primera instancia.

6.-Frente a esta sentencia, recurrió en casación la parte demandante, Real Automóvil Club de Valencia y en extraordinario por infracción procesal y casación, la parte demandada Real Automóvil Club de España.

Los recursos resultaron admitidos y la sala dictó sentencia 672/2016, de 16 de noviembre, cuya parte dispositiva es la que sigue:

"1º.-Desestimar el recurso de casación interpuesto por RACV, contra la Sentencia dictada, con fecha 18 de marzo de 2014, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Sexta), en el rollo de apelación n.º 625/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 2002/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Valencia.

2º.-Estimar parcialmente los recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por RACE contra la misma sentencia.

3º.-Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por RACE contra la sentencia del juzgado de primera instancia n.º 2 de Valencia el 24 de junio de 2013 , sobre la solución escogida por ésta para indemnizar y, en consecuencia declarar resuelto el contrato de 2 de marzo de 1995 y sus anexos desde la fecha de interposición de la demanda reconvenzional, con devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia a los solos efectos de determinar y cuantificar los daños y perjuicios que el desistimiento ha ocasionado.

4º.-No se imponen al RACE las costas de los recursos, ni se le condena a las causadas en el recurso de apelación, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

5º.-Se impone al RACE las costas del recurso de casación, con pérdida del recurso constituido para recurrir."

La sentencia, contiene la siguiente argumentación en el fundamento octavo, que resuelve el recurso de casación del RACE:

"1.-Para la adecuada respuesta a su planteamiento se ha de tener en cuenta dos decisiones resueltas por la sentencia recurrida. (i) Que no existe plazo de duración del contrato indefinido por el acuerdo

transaccional de 23 de diciembre de 2003, sino que es de duración ilimitada, y por ende se admite el desistimiento sin justa causa, según ya se ha razonado extensamente en el recurso interpuesto por RACV. (ii) Que existen daños y perjuicios, pero que no puede acordar una reparación distinta a la de la sentencia de primera instancia (continuidad de la vigencia del contrato hasta el 23 de diciembre 2023) porque nadie le ha solicitado que se sustituya por una indemnización o por "reducir el indicado período de vigencia".

2.-En relación con esto último que la parte recurrente RACE no lo solicite es natural por negar estar obligada a indemnizar, y que no lo solicite RACV como parte beneficiaria también, pues lo solicitó con carácter subsidiario a que se le fijase plazo al contrato hasta el 23 de diciembre de 2023. Quiérese decir que si ese plazo no se fija, conforme se ha razonado, se debe dar respuesta a la pretensión subsidiaria sobre daños y perjuicios postulada en la contestación a la reconvencción, sin que ello suponga "reformatio in peius" o ir contra la justicia rogada, ya que se trata sólo de modificar la opción indemnizatoria elegida por la sentencia de primera instancia, pero respetando sustancialmente la solicitud de la parte de ser indemnizada. Sería contrario a la tutela de lo interesado por ella de no ser así.

3.-Consecuencia de todo ello es que se confirme la sentencia recurrida en la resolución del contrato por desistimiento unilateral de la parte recurrente RACE, pero debiendo cuantificarse los daños y perjuicios. La única duda que se plantea es si la resolución ha de tener efecto desde el 1 de agosto de 2011 por estar anudada al preaviso de seis meses que se llevó a cabo por el burofax de 2 de febrero de 2011 o, si, por el contrario, sus efectos serán desde el ejercicio de la acción judicial en la demanda reconvenzional. Si se tiene en cuenta que dentro del preaviso del burofax de 2 de febrero de 2011 no se incluye, de modo claro y diáfano, el desistimiento unilateral sin justa causa, así como que no medió resolución contractual extrajudicial por mutuo acuerdo entre las partes, se precisa el ejercicio de la acción judicial de desistimiento acomodada al instituto de la reconvencción, según prevé el artículo 406 LEC, y, en consecuencia, la resolución contractual, en la terminología de la parte, tendrá efecto desde la fecha de formalización de la demanda reconvenzional.

Se considera, pues, resuelto el contrato en dicha fecha."

7.-Devueltas las actuaciones a la audiencia, esta dictó nueva sentencia con fecha 30 de mayo de 2017, que constituye el objeto del presente recurso. En lo que aquí interesa, razona:

"[...]Es por ello que consideramos ajustado, fijar, como perjuicio de RACV, los ingresos que dejará de percibir como solicita la parte demandante en su segunda petición subsidiaria, en cuatro millones diecinueve mil setecientos sesenta euros.

Procede por consiguiente fijar en la cantidad en que se fija el perjuicio sufrido por RACV, debido al desistimiento unilateral y sin causa de la contraparte RACE, lo que, con arreglo a los criterios que sienta la parte solicitante de la indemnización, de aplicar a cada año que restaba hasta la finalización prevista del contrato, el canon de 2011. Por ello, se fija la indemnización a cargo de RACE y en favor de RACV, en un total de cuatro millones diecinueve mil setecientos sesenta euros (4.019.760 €), cantidad que devengará el interés legal del dinero desde la fecha de 14 de mayo de 2012 (fecha en que se efectuó la petición de RACV folio 1425 tomo 2), incrementada en dos puntos desde la fecha de esta resolución, hasta su completo pago."

8.-Frente a esta sentencia, interpone recurso de casación y extraordinario por infracción procesal el RACE, con el siguiente contenido:

Respecto del recurso extraordinario por infracción procesal, se articula en cuatro motivos:

PRIMER MOTIVO: al amparo del artículo 469.1-2º de la LEC, al incurrir la Sentencia en infracción de la cosa juzgada material (artículo 222 de la LEC), por concluir que la duración prevista del contrato litigioso era hasta el 23 de diciembre de 2023, cuando la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 672/2016 de 16 de noviembre de 2016, dictada en estos mismos autos, con carácter firme (en adelante, la " Sentencia del Tribunal Supremo núm. 672/2016"), establece que dicho contrato tenía duración indefinida.

SEGUNDO MOTIVO: al amparo del artículo 469.1-2º de la LEC, al incurrir la Sentencia en infracción de la cosa juzgada material (artículo 222 de la LEC), por imponer el pago de una indemnización a RACE acudiendo para ello como criterio orientador al plazo previsto en un acuerdo transaccional relativo al contrato litigioso, de 23 diciembre de 2003, cuando ello había quedado vedado por la Sentencia núm. 672/2016.

TERCER MOTIVO: al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, por error patente en la valoración de la prueba, al concluir la Sentencia que la duración prevista del contrato litigioso era de veinte años, cuando el mismo disponía expresamente que era indefinido, lo que determina una indefensión material para RACE (con la consiguiente infracción del artículo 24 de la Constitución Española, "CE"), consistente en que, de haber apreciado la Sala a quo que el contrato era de carácter indefinido, habría absuelto a RACE de abonar una indemnización de daños y perjuicios con base en su desistimiento ad nutum de dicho contrato (en la medida en que RACV no ha alegado, ni acreditado, que el preaviso dado por RACE fuera insuficiente, ni los daños y perjuicios derivados del mismo) o, en su defecto, fijado una indemnización equivalente al canon mínimo multiplicado por seis meses (que es el plazo de preaviso razonable fijado por la jurisprudencia para contratos de duración indefinida, como desarrollaremos en el recurso de casación), y no por doce años.

CUARTO MOTIVO: al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, por error patente en la valoración de la prueba, al concluir la sentencia que el desistimiento unilateral del contrato litigioso por parte de RACE causó daños y perjuicios a RACV por importe de 4.019.760 euros, sin que RACV haya alegado, ni acreditado, que RACE no prestara un preaviso razonable, ni la existencia y cuantía de daños por dicho importe, lo que determina una indefensión material para RACE (con la consiguiente infracción del artículo 24 de la CE), consistente en que, de no haber incurrido en dicho error, la Sala a quo habría absuelto a RACE de abonar daños y perjuicios a RACV.

El recurso de casación se articula en tres motivos:

PRIMER MOTIVO: al amparo del artículo 477.1 de la LEC, se denuncia la oposición de la Sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los criterios para fijar la indemnización de daños y perjuicios en los casos de desistimiento ad nutum de contratos de duración indefinida, puesto que fija la indemnización con base en los ingresos esperados por RACV durante doce años, a título de lucro cesante (como si se tratara de un incumplimiento contractual de RACE), en lugar de basarse en los daños directamente derivados de la eventual falta de preaviso razonable.

SEGUNDO MOTIVO: al amparo del artículo 477.1 de la LEC, se denuncia la oposición de la Sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el plazo

de preaviso razonable para el desistimiento ad nutum de contratos de duración indefinida, al fijar una indemnización que equivale a un preaviso de doce años.

TERCER MOTIVO: al amparo del artículo 477.1 de la LEC, por infracción del art. 1.106 del Código Civil, y la jurisprudencia relativa al principio de indemnidad, al conceder la sentencia una indemnización por lucro cesante equivalente a los ingresos esperados por RACV, sin deducir los eventuales gastos asociados a los mismos.

9.-La sala dictó auto el 26 de junio de 2019 por el que se acordó admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal.

La parte recurrida formalizó en plazo la oposición a ambos recursos.

SEGUNDO. -Para la adecuada inteligencia de la decisión del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación conviene hacer una síntesis, en lo ahora relevante, de la sentencia de la sala n.º 672/2016, de 16 de noviembre:

1.-El Real Automóvil Club de Valencia, en adelante RACV en su contestación a la demanda reconvenzional hace una petición principal, en su defecto una subsidiaria y, en defecto de ésta, otra, en los siguientes términos:

De forma subsidiaria a la anterior, solicitamos que para el supuesto de que se estimara la resolución se condene al Race a la indemnización de daños y perjuicios teniendo en cuenta los siguientes parámetros también de forma subsidiaria:

"1°. Partiendo de la base de que el Race en documento suyo que aportamos en nuestra demanda con el n.º 4, dice que la extinción de cartera son 20 años, partiendo de esta afirmación y teniendo en cuenta que el canon mínimo fijado en la transacción de fecha 23 de diciembre de 2.003 que actualmente a 31 de diciembre de 2.011 es de 334.980 euros, corresponde una indemnización resultante de multiplicar dicho canon por los 20 años de duración de la cartera, es decir 6.699.600 euros.

"2°. -Subsidiariamente a la anterior, una indemnización equivalente a 12 años, que faltan por vencer hasta cumplir los 20 años (desde 23 de diciembre de 2.003) aludidos en la primera subsidiaria relativa al plazo de la utilización de la marca por 20

años (hasta 23 de diciembre de 2.023), multiplicado por el canon del 2.011, 334.980 euros, que da un total de 4.019.760 euros.

"3°. -Subsidiariamente a la anterior, y por analogía, sería de aplicación el artículo relativo al cálculo de la cuantía de la demanda establecida en el artículo 253 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se fija la cuantía del presente proceso en 3.349,876 Euros. Para justificarla invocamos el artículo 251 regla 7.ª los juicios sobre el derecho a exigir prestaciones periódicas sean temporales o vitalicias, se calculará el valor por importe de una anualidad multiplicado por diez, por ello la indemnización debería ser de 3.349.876 euros."

2.-La sentencia de primera instancia "estimando parcialmente la reconvencción planteada por la representación procesal del Real Automóvil Club de España frente al Real Automóvil Club de Valencia debo declarar y declaro que el contrato de 2 de marzo de 1995 y sus anexos quedará resuelto por voluntad unilateral de RACE y extinguido el 23 de diciembre de 2023, debiendo cumplir RACE con sus obligaciones hasta la referida fecha de 23 de diciembre de 2023".

Tal decisión fue confirmada por la Audiencia al conocer del recurso de apelación.

3.-La sala se vio obligada a precisar los términos del debate, por apreciar cierta confusión.

Así en la demanda reconvenzional se postulaba la resolución del contrato por tres causas diferentes, planteadas de forma subsidiaria.

La última, que es la que se acoge, era por "voluntad unilateral de RACE", y la sala, tras un análisis doctrinal de tal terminología, declara que "se aprecia que no forma parte del preaviso el desistimiento unilateral fundado en tener el contrato carácter indefinido".

Más adelante, y en relación con el desistimiento ad nutum, afirma que:

"Según recoge la STS de 9 de octubre de 1997 "[E]n estos supuestos de duración indeterminada las relaciones obligatorias creadas son válidas, pero conforme a nuestra tradición jurídica, doctrina científica y decir del Código Civil [...] resulta que hay que admitir la imposibilidad de reputarlas perpetuas [...] por lo que le asiste a los contratantes facultad de liberación de las mismas, mediante su receso, producido por resolución unilateral, condicionada dentro de los parámetros de la buena fe, ya que las

partes no deben permanecer indefinidamente vinculadas".

"Ese condicionante a parámetros de la buena fe se encuentra estrechamente relacionado con la figura del preaviso, como término o plazo suspensivo de eficacia, para evitar una terminación, por sorpresa de la relación, pudiendo la contraparte tomar medidas que protejan sus intereses.

"En este sentido la sentencia 130/2011, de 15 de marzo, reiterando la 1009/2005, de 16 de diciembre afirma que "es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida, pero debe señalarse, (...), si bien ello es así sin embargo sucede que un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutivo de conducta desleal incurra en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios".

"Distinta de esa indemnización es la de los daños y perjuicios que puedan tener su origen en la frustración contractual que se causa con tal desistimiento".

4.-La sala afirma, y se acerca al núcleo de los presentes recursos, que se exceptiona al contestar a la reconvencción (i) que la duración del contrato sea indefinida, pero entendida a perpetuidad y sin derecho a desistir y (ii), subsidiariamente, si no se entendiese así, que se fije la duración del contrato en 20 años a contar desde el 23 de diciembre de 2003, no pudiendo resolver su vigencia y efectos hasta esa fecha.

La actora reconvenida, en contra de lo pretendido por la parte reconviniente, entiende que el desistimiento unilateral conlleva indemnización de daños y perjuicios, e indica, según hemos visto, los parámetros a tener en cuenta para su cuantificación.

Precisamente es esto lo que se ventila en la sentencia aquí recurrida, tras salvar la laguna de la primera sentencia por las razones que siguen.

5.-La sala afirma, y es aclaratoria de las confusiones en que se persiste, que no tiene sentido estimar la resolución del contrato, como hace la sentencia, y sin embargo, en una clara confusión conceptual declarar su vigencia y efectos hasta el 23 de diciembre de 2023.

Como afirma la sentencia 130/2011, de 15 de marzo, ya citada, si se aprecia mala fe o conducta desleal en el ejercicio del derecho, ello no obsta a la extinción del vínculo, sin perjuicio de que dé lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios.

Lo que la sala decidió es que, por suponer una contradicción en sus propios términos, no es posible declarar resuelto un contrato y a la par declarar su vigencia y efectos unos años más, como forma de indemnizar los daños y perjuicios derivados de la resolución unilateral del mismo. Sino que lo que cabe es declarar la extinción del vínculo, que es lo que hace la sala, sin perjuicio de que se cuantifique la indemnización por daños y perjuicios.

Se razona, pues, que si unos años más de vigencia del contrato no se pueden conceder como medio de indemnizar por un contrato que se declara resuelto, lo suyo es "dar respuesta a la pretensión subsidiaria sobre daños y perjuicios postulada en la contestación a la reconvencción, sin que ello suponga "reformatio in peius" o ir contra la justicia rogada, ya que se trata sólo de modificar la opción indemnizatoria elegida por la sentencia de primera instancia, pero respetando sustancialmente la solicitud de la parte de ser indemnizada".

6.-Por ello la sala confirmó la sentencia de la Audiencia en el extremo de la resolución del contrato por desistimiento unilateral de la parte recurrente RACE, pero, al rechazar que la consecuencia indemnizatoria sea que siga vigente hasta el año 2023, declaró que debían cuantificarse los daños y perjuicios, por ser esta la petición subsidiaria segunda de la contestación a la reconvencción, ya que la primera, por la razón que acabamos de exponer, no era posible que se acogiese.

7.-A tales efectos se devolvieron las actuaciones a la audiencia provincial, y de ahí que sólo cabe revisar ahora si ese mandato lo ha cumplido, con libertad de criterio, y atendiendo a la segunda pretensión subsidiaria contenida en la contestación a la reconvencción, que sugiere los parámetros a seguir para ello.

TERCERO. -Recurso extraordinario por infracción procesal.

1.-Motivo primero.

Se desestima. La sentencia recurrida en ningún momento contradice a la sentencia de la sala sosteniendo que el contrato estuviese sujeto a plazo y

no fuese indefinido, entre otras consideraciones porque quien insistía, como petición principal, en su indefinición, era la recurrida RACV. Lo único que hace la sentencia recurrida es un juicio de ponderación de los daños y perjuicios que se han causado a ésta por el desistimiento unilateral del contrato por parte del RACE.

No fija periodo de vigencia del contrato hasta el año 2023, por no poder estar vigente un contrato resuelto, lo que no empece a que utilice esa fecha para tal ponderación, a partir de la valoración que recoge y asume de la prueba pericial en la sentencia de primera instancia.

Todo ello, en contra de lo sostenido por la recurrente, se infiere de la sentencia precedente de esta sala, cuya síntesis hemos expuesto en lo relevante para los motivos de los recursos.

2.-Motivo segundo.

Se desestima. En ningún momento la sentencia núm. 672/2016 se pronuncia en unos términos tan categóricos como los que contiene el motivo.

Es más, su mandato es que la Audiencia ofrezca respuesta a la segunda petición subsidiaria solicitada por la RACV en su contestación a la reconvencción, y ello es lo que ha llevado a cabo, optando entre los parámetros que se le planteaban.

3.-Motivo tercero.

Se desestima y debía ser de inadmisión, pues la ratio decidendi de la sentencia recurrida, al que se debe anudar el motivo, no fija plazo de duración del contrato, como no podía ser de otro modo, según decisión de esta sala. Se limita a la ponderación ya referida.

4.-Motivo cuarto.

Se desestima El mandato de la sala era la determinación y cuantificación de los daños, que nunca podía traducirse en continuar vigente un contrato ya resuelto, pero cuya existencia venía declarada por ambas instancias, y la discrepancia era sobre el medio a que acudieron para su resarcimiento. Respecto al preaviso la sentencia de la sala declaró que "se aprecia que no forma parte del preaviso el desistimiento unilateral fundado en tener el contrato carácter indefinido"; por lo que se infiere la

inexistencia de preaviso razonable para el desistimiento unilateral.

CUARTO. -Recurso de casación.

1.-Motivo primero.

No puede plantearse el motivo eludiendo lo que esta sala recogió con toda claridad, a saber, que como afirma la sentencia 130/2011, de 15 de marzo, si se aprecia mala fe o conducta desleal en el ejercicio del derecho, ello no obsta a la extinción del vínculo -ya hemos visto la ausencia de preaviso para este desistimiento-, sin perjuicio de que dé lugar a una indemnización cuando se ocasionen daños y perjuicios.

Daños que la sentencia recurrida entendió que existían, lo que sucede es que, para paliarlos, acudió, en sintonía con la sentencia de primera instancia, a prolongar la vigencia del contrato resuelto, lo que no aceptó esta sala como un medio de indemnizar, para que en ese tiempo acomodase la actora su actividad a la nueva situación, no siéndole traumática la frustración de la finalización del contrato y que pudiese reorganizar su estructura empresarial.

Se desestima.

2.-Motivo segundo.

El plazo utilizado por la sentencia recurrida se encuentra motivado por ésta, que asume la de primera instancia, pues no puede obviarse un dato, y es que, aunque el contrato fuese indefinido, existe una circunstancia, cual es, que se pactó en la cláusula tercera de la transacción de 23 de diciembre de 2003 la autorización de la marca RACV durante un plazo de veinte años, lo que necesariamente crea unas expectativas de estructura empresarial, que se frustran.

La propia recurrente cita la sentencia de la sala de 21 de noviembre de 2005, relativa al plazo del preaviso, que lo condiciona a las circunstancias concurrentes. Pero ya hemos visto que en el caso de autos no medió preaviso.

Se desestima. En ambos motivos la recurrente se separa de la ratio decidendi de la sentencia recurrida, en íntima conexión con la ratio decidendi de la sentencia de esta sala, cuyo mandato cumple.

Ello sería suficiente para la inadmisión de ambos motivos, que, además, plantean cuestiones no

debatidas en las instancias ni en la sentencia que dictó esta sala, la núm. 672/2016.

3.-Motivo tercero.

(i) La parte recurrente acota el motivo y lo contrae a un solo extremo, a saber, que de la cantidad que se concede como indemnización por lucro cesante, no se deducen los eventuales gastos asociados a los ingresos dejados de percibir.

(ii) Como ha reiterado la sala (sentencias n.º 552/2014, de 17 de octubre; 29/2015, de 2 de febrero, y 123/2015, de 4 de marzo, entre otras) "[...] Es doctrina de esta Sala que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, sólo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía. A tenor de lo expuesto la cuantía de la indemnización no es objeto de casación, como tal, solo puede serlo la base jurídica que da lugar al mismo. Así lo declaran, entre otras, las sentencias de esta Sala núm. 290/2010, de 11 de mayo, y núm. 497/2012, de 2 de septiembre".

(iii) Si se aplica esta doctrina al caso de autos, se aprecia que la Audiencia, una vez desechada la modalidad indemnizatoria ya comentada sobre continuidad de la vigencia del contrato resuelto, entra, por decisión de esta sala, a determinar la indemnización de los daños y perjuicios, que era la segunda petición subsidiaria de la actora, al contestar a la reconvenición de la contraparte.

En principio, esta sala debía evitar la revisión del quantum indemnizatorio.

No obstante, conviene detenerse en las bases que sirven de apoyo a la sentencia recurrida, y se aprecia que son las mismas que se tomaron en consideración por la sentencia de primera instancia, que ella hizo suyas y las sigue haciendo, a saber, la valoración de las pruebas periciales, que no han sido combatidas por el cauce procesal adecuado.

Sobre ello lleva a cabo su labor de ponderación y opta, entre los parámetros que se le plantean, sin que esa opción se pueda calificar de arbitraria o irrazonable.

A través de este motivo del recurso de casación no puede pretenderse una revisión de la prueba practicada, que constituye la base sobre la que el tribunal pondera la cuantificación de la indemnización.

Es cierto que podría acudir a otra opción, pero debe respetarse la de la instancia al no apreciarse que sea ilógica o absurda. Por ello se desestima el motivo».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 6010/2018] DE 23 DE OCTUBRE DE 2019 [Ponente: Eduardo Baena Ruiz]

Protección de datos: registro de morosos. Tanto los preceptos constitucionales como las convenciones internacionales y las normas comunitarias reconocen a todo ciudadano un derecho de control sobre los propios datos personales. El requerimiento de pago previo es un requisito que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias. Con la práctica del requerimiento se impide que sean incluidas en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia. Además, les permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación.

«Son hechos relevantes de las instancias los que se exponen a continuación:

1.-Expone la actora que es titular de una tarjeta de crédito del El Corte Inglés desde 2006, habiendo perdido el contrato dado el tiempo transcurrido, y que en su día dejó de abonar las cuotas por imposibilidad económica, pactando novaciones sucesivas, hasta en 7 ocasiones, la última para pagar cuotas entre mayo de 2011 y junio de 2012. Que no pagó tampoco esas cuotas por lo que El Corte Inglés promovió juicio monitorio (25/12 del Juzgado Mixto n.º 6 de Avilés) requiriéndole para pagar 899,58€, sin pagar ni oponerse, por lo que se instó ejecución (ETJ 50/12).

Que la sorpresa llegó para la actora cuando a principios de 2017 le refirieron desde su banco que figuraba asociada a una deuda de 828,25 € en Equifax, resultando que estaba inscrita en el fichero desde el 05/08/11.

Considera que se vulneró su derecho al honor, y reclama una indemnización de 10.000€, basándose en que no fue requerida previamente de pago, aportándose en su día por la demandada una carta sin cantidad concreta fechada el 20/08/11 sin que conste recibida; y que no hay mención alguna en el contrato a la posibilidad de incluir los datos en los ficheros.

2.-La parte demandada aduce que, desde el impago del primer vencimiento, hasta la contestación, la deuda sigue impagada, no habiéndose hecho ni siquiera un pago parcial, de modo que el demandante conocía desde el inicio la realidad de la deuda y su importe, que es hoy superior, llegando a los 1.577,82 € con la aplicación de los intereses. Que ninguna sorpresa le pudo causar la inclusión de la deuda en un fichero de insolvencia cuando era perfectamente conocedor de la deuda, cuya veracidad no desconoce ni niega.

Que la deuda es cierta y además se le requirió de pago con una carta remitida al domicilio que le figura en la demanda. Que la finalidad del requerimiento de pago es que el deudor conozca la deuda y pueda manifestar su acuerdo o desacuerdo, y la posibilidad de ser incluido en los ficheros de solvencia patrimonial. Que no ha habido lesión alguna al honor, porque la deuda es cierta, vencida, líquida y exigible, y perfectamente conocida del demandante. Que las indemnizaciones proceden cuando se trata de deudas inexistentes, discutibles, no líquidas, o no exigibles, o cuando la falta de requerimiento le ha impedido discutir la deuda o pagarla.

Subsidiariamente, que no se cuantifique el reproche a la demandada en cantidad que exceda de la cuantía de la propia deuda al día de hoy, es decir, 1.577,82 €.

3.-La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

De la documental aportada y recabada tuvo por acreditados los siguientes datos:

"La hoy demandada promovió juicio Monitorio en reclamación de 899,58€ por escrito fechado el 16/01/12, por impago de los 14 recibos con vencimientos del 31/05/11 al 30/06/12, tras el reconocimiento y novación de deuda por vencimientos anteriores impagados del 31/03/09 al 28/02/10, documento fechado el 23/02/09 y suscrito por el demandante.

El día 05/08/11 se le dio de alta en los ficheros de Asnef, comunicada por la demandada, una deuda de 828,25 €.

Con la demanda del Monitorio 25/12 se acompañó por El Corte Inglés EFC, SA, una carta conteniendo requerimiento de pago fechado el 20/08/11, que no consta recibida ni tampoco el importe reclamado.

El día 09/03/12, a instancia de la hoy demandada, se dictó Auto despachando ejecución (ETJ 50/12 del Juzgado Mixto n.º 6 de Avilés) contra el demandante, en ejecución del Decreto dictado el 02/03/12 en el Monitorio 25/12, por 899,58€.

Desde entonces no consta pagada ni embargada cantidad alguna correspondiente a dicha deuda.

El 11/01/17 Equifax comunica al demandante que ha dado de baja cautelar los datos que figuraban en el fichero.

Según informa Equifax en contestación al oficio librado por el Juzgado, el demandante estuvo de alta hasta el 28/04/18 si bien dicha fecha se corresponde a una financiación al consumo por 62,76€ con alta el 26/03/18, en tanto que el impago de 828,25€ estuvo en alta del 05/08/11 al 11/01/17. Se efectuaron consultas por terceros entre el 26/11/13 y el 23/01/18, por Citibank, Banco Sabadell, Securitas Direct, Wizink Bank SA, BBVA, Banco Cetelem, Unieléctrica Energía, Generali Seguros, y Cofidis".

Concluye el juzgado que habría lesión al honor si la omisión de esos requisitos previos de información y requerimiento, hubiesen impedido o limitado al deudor la posibilidad de pagar y por lo tanto eliminar la apariencia de insolvencia, o bien le hubiesen impedido discutir la deuda, su liquidez, su exigibilidad, o su correcta determinación, de modo que haya quedado finalmente incluido en el fichero mostrando ante terceros una apariencia de insolvencia inmerecida. Pero ocurre que, en este caso, el demandante reconoce la veracidad de la deuda, y no articula siquiera argumento alguno para razonar que la omisión de los requisitos ha sido la causa de una lesión a su honor porque de haberse cumplido, la inclusión sería indebida o no pertinente habiéndosele privado de este modo de la posibilidad de reaccionar.

Ha habido por tanto incumplimiento de los requisitos formales, conducta sancionable en la Ley, pero no lesión del derecho al honor, pues no discute su condición de deudor insolvente.

4.-La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la sección quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que dictó sentencia el 15 de noviembre de 2018 por la que desestimó el recurso de apelación.

Según el tribunal de apelación la cuestión quedó reducida a si el incumplimiento de los arts. 38 y 39 del Reglamento que desarrolla la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre, determina por sí y sin más, la calificación de ilícita de la inclusión por el acreedor de la deuda en un fichero de solvencia.

Concluye que:

"Al respecto, efectivamente, ya se pronunció la STS de 22-12-15 sobre la transcendencia de estos requisitos negando su mero carácter formal, desde la consideración de que su fundamento y finalidad es evitar que dicha incorporación al fichero, aun siendo cierta e indiscutible la deuda, no se produzca de forma sorpresiva, de modo que no accedan al registro supuestos que no son de verdadera insolvencia, es decir, aquéllos en que el deudor no paga porque no puede o, injustificadamente, no quiere, lo que es el caso, en que el deudor reconoce el impago de la deuda porque no puede (y así lo volvió a manifestar al ser requerido en el juicio, de ejecución en comparecencia celebrada el 5-2-2013, folio 67, según ya se apuntó).

"Como recuerda la sentencia recurrida, transcribiendo la del TS de 23-3-2018, el principio de la calidad del dato (art. 29 LOPD) no se limita a la veracidad de la deuda, sino también a la pertinencia y proporcionalidad de la inclusión del dato en el registro, criterios estos, de pertinencia y proporcionalidad, cuya concurrencia debe analizarse poniéndolos en relación con la finalidad del registro, que en los de solvencia no se contrae a la simple constatación de la deuda, sino que su finalidad es proyectar una idea sobre la insolvencia del deudor inscrito, y en este sentido el actor cumple con la figura del deudor que no puede o, injustificadamente no quiere pagar.

"Dicho de otro modo, los requisitos relativos a la calidad del dato (veracidad, exactitud, pertinencia o proporcionalidad) son esenciales, absolutos y objetivos, han de concurrir necesariamente y no pueden ser moldeados (salvo circunstancias excepcionales) por las circunstancias concurrentes, mientras que los requisitos de los art. 38 y 39 del Reglamento, dada su finalidad y fundamento, son

relativos y no ajenos a las circunstancias concurrentes, y esto es lo que acontece en el caso, pues siendo cierto que los tan dichos requisitos de los art. 38 y 39 del Reglamento no han sido acreditados de cumplimiento, lo cierto es que el actor reconoce su condición de deudor de la demandada y la insatisfacción de la deuda por insolvencia patrimonial,

insolvencia que se prolonga en el tiempo, es decir, no eventual sino continuada y por eso que se entiende acertada la decisión del Tribunal de la instancia".

5.-La parte actora formula Recurso de Casación que desarrolla en tres motivos:

Motivo primero: Infracción del art. 38.1.c) Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), que establece que la inclusión en ficheros de solvencia solo es posible con el requisito de requerimiento previo de pago. Esta previsión se complementa con el art. 39 del citado Reglamento que exige que en el requerimiento se cite que los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias. Este requisito no se ha cumplido en este caso. La sentencia recurrida considera que los requisitos de calidad del dato, veracidad, exactitud, pertinencia y proporcionalidad son esenciales, absolutos y objetivos, han de concurrir necesariamente y no pueden ser moldeados, salvo circunstancias excepcionales, mientras que los de los arts. 38 y 39 del Reglamento dada su finalidad y fundamento, son relativos y no ajenos a las circunstancias concurrentes. Estima que en este caso aun siendo cierto que no se ha acreditado su cumplimiento lo cierto es que el actor reconoce su condición de deudor de la demandada y la insatisfacción de la deuda por insolvencia patrimonial, insolvencia que se prolonga en el tiempo, es decir no es eventual sino continuada, por lo que entiende acertada la decisión de primera instancia.

Considera la parte que el criterio de la AP es desacertado; cita la STS 740/2015 de 22 de diciembre, que establece que el requerimiento previo no es un requisito meramente formal.

Motivo segundo: infracción del art. 39 del Real Decreto Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), que exige que en el

requerimiento de pago se haga constar los datos que relativos al impago podrán ser comunicado a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias. Tampoco se ha cumplido en este caso.

Motivo tercero: infracción del art. 18.2 CE al igual que art 19.1 LOPD en relación con el art 9.3 Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, esto porque se le ha denegado toda indemnización, cuando ha existido duración del dato inscrito, y difusión del dato a nueve entidades.

6.-La sala dictó auto de 27 de marzo de 2019 por el que se admitió el recurso de casación.

La parte recurrida formalizó escrito de oposición al recurso.

7.-El Ministerio Fiscal considera que la información previa en el contrato y el requerimiento previo son requisitos necesarios, por lo que interesa la estimación del recurso.

SEGUNDO. -Decisión de la sala.

1.-Como autoriza la doctrina de la sala vamos a enjuiciar y decidir conjuntamente los dos primeros motivos del recurso de casación, por la estrecha relación que tienen entre sí, respecto de lo que es la ratio decidendi de la sentencia recurrida.

Si fuesen estimados correspondería decidir sobre el motivo tercero.

2.-Como declara la sentencia núm. 245/2019, de 25 de abril, con cita de la legislación aplicable al caso y sentencias precedentes "como regla general, el tratamiento de los datos de carácter personal requiere el consentimiento inequívoco del afectado (art. 6.1 LOPD, 7.a de la Directiva y 8.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Como excepción, dicho tratamiento puede realizarse sin el consentimiento del afectado cuando ello sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que la ley lo disponga (art. 6.1 LOPD) y no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado (art. 7.f de la Directiva), lo que encaja en el "otro fundamento legítimo previsto por la ley", como justificación del tratamiento de los datos, alternativa al consentimiento de la persona afectada, previsto en el art. 8.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

"La previsión en el art. 29.2 LOPD de que pueden tratarse los datos personales relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor sin el consentimiento del afectado se acoge a esta excepción".

A continuación, se matiza y modula la excepción.

"Si, como es el caso de los "registros de morosos", la inclusión de datos personales en el fichero se hace excepcionalmente sin el consentimiento del afectado y sí, además, por la naturaleza del fichero, la inclusión en él de los datos personales del afectado puede vulnerar, junto con el derecho del art. 18.4 de la Constitución, otros derechos fundamentales y causar graves daños morales y patrimoniales a los afectados, no pueden rebajarse las exigencias en cuanto a calidad de los datos ni establecerse restricciones u obstáculos adicionales de los derechos de información, oposición, cancelación y rectificación que le reconocen con carácter general el Convenio, la Directiva y la LOPD, por cuanto que ello supondría restringir de un modo injustificado el derecho de control sobre los propios datos personales que los citados preceptos constitucionales, convencionales internacionales y comunitarios, reconocen a todo ciudadano.

"No es, por tanto, correcta la falta de trascendencia que, respecto de la acción de protección del honor ejercitada, la sentencia recurrida ha atribuido al incumplimiento del requisito establecido en los arts. 38.1.c y 39 del Reglamento, consistente en que, para incluir en estos ficheros de morosos los datos de carácter personal determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, es preciso que previamente se haya requerido de pago al deudor y se le haya informado que, de no producirse el pago, los datos relativos al impago podrán ser comunicados al registro de morosos. Ni es correcto afirmar que la vulneración del derecho al honor se produce exclusivamente cuando se comunican al registro de morosos los datos relativos a una deuda inexistente, por cuanto que, como hemos declarado reiteradamente, los ficheros automatizados del art. 29 LOPD no son meros registros de deudas".

Seguidamente motiva la sala la finalidad del requerimiento:

"En la sentencia 740/2015, de 22 diciembre, hemos declarado que el requisito del requerimiento de pago previo no es simplemente un requisito "formal", de modo que su incumplimiento solo pueda dar lugar a una sanción administrativa. El requerimiento de pago

previo es un requisito que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, que no es simplemente un registro sobre deudas, sino sobre personas que incumplen sus obligaciones de pago porque no pueden afrontarlas o porque no quieren hacerlo de modo injustificado. Con la práctica de este requerimiento se impide que sean incluidas en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia. Además, les permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación".

3.-Con tales antecedentes doctrinales la sala estimó la demanda de la que conoció en la sentencia núm. 245/2019, de 25 de abril, porque consta que el demandante había mantenido negociaciones con la entidad demandada para cancelar el préstamo mediante la dación en pago de la finca hipotecada. Por tal razón, cobraba todo su sentido el requisito del requerimiento previo de pago con advertencia de inclusión en uno de estos ficheros, de modo que el demandante tuviera plena certeza de que no era posible llegar a una solución como la que había ofrecido a Caixabank (la dación en pago), pudiera explorar otras vías para solucionar la situación de impago del préstamo, tuviera plena consciencia de que sus datos iban a figurar en un registro de morosos y pudiera comprobar, al menos, que los datos incluidos en el registro eran correctos.

4.-Si a tal supuesto se contraponen los hechos probados del caso presente, se ha de convenir su falta de coincidencia y sintonía.

El recurrente no se vio sorprendido por tal inclusión, y la finalidad del requerimiento había decaído.

No era necesario el requerimiento para que tuviese plena certeza de que no era posible llegar a un acuerdo o solución o la posibilidad de explorar vías para conseguirlo, pues hacía tiempo que la acreedora se prestó a ello y accedió a la novación, sin que el recurrente hiciese frente a lo comprometido en la novación.

Durante esta y los actos posteriores su conducta ha sido totalmente pasiva, con abandono de toda negociación para saldar la deuda.

La acreedora no la sorprende en plena negociación, con inclusión en el registro de solvencia.

La sentencia recurrida se apoya en la sentencia de la sala que cita la recurrente, y atendiendo a la finalidad del requerimiento, motiva que no se ha infringido, teniendo en cuenta los datos probados.

Procede, pues, desestimar ambos motivos del recurso de casación, por no contradecir la sentencia recurrida la doctrina de la sala».