



Roj: **STS 5885/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:5885**

Id Cendoj: **28079110012010100677**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/11/2010**

Nº de Recurso: **946/2007**

Nº de Resolución: **720/2010**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JESUS EUGENIO CORBAL FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GI 199/2007,**
STS 5885/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Noviembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Girona, Sección Primera, como consecuencia de autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil Número Uno de Girona, sobre competencia **desleal**; cuyo recurso fue interpuesto por la entidad SURCANDO MARES, ALQUILER DE VELEROS, S.L., representada por la Procurador D^a Teresa Gamazo Trueba; y como parte recurrida, D. Adolfo , representado por la Procurador D^a. María Irene Arnés Bueno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Francesc de Bolos Pi, en nombre y representación de la entidad Surcando Mares, Alquiler de Veleros, S.L. interpuso demanda de Juicio Ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil Número Uno de Girona, siendo parte demandada D. Adolfo ; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que: 1. Se declare la actuación desarrollada por el demandado posee todos los requisitos necesarios para que sea considerada como un acto de competencia **desleal** contra mi mandante. 2. Se condene al demandado al cese de las manifestaciones descritas en la presente demanda, prohibiéndole éstos y cualesquiera otros actos de desprestigio de la entidad SURCANDO MARES, ALQUILER DE VELEROS, S.L. 3. Se condene al demandado a rectificar las informaciones facilitadas a las páginas electrónicas indicadas en la presente demanda y otras que pudiera haber, remitiendo comunicación a las mismas y a las personas a las que les fueron remitidas, rectificando la información engañosa y falsa descrita en el cuerpo de esta demanda. 4. Se condene al demandado a abonar la cantidad de 6.000 ? a mi mandante en resarcimiento de los daños morales ocasionados. 5. Se condene al demandado a la publicación de la sentencia recaída en este procedimiento, incluido el encabezamiento, fundamentos y fallo en las mismas páginas electrónicas a las que remitió las manifestaciones objeto de esta demanda y a los principales diarios escritos de difusión general, revistas especializadas en el mundo de la náutica, en todos ellos con tipografía similar a la utilizada en los anuncios de naturaleza económica. 6. Todo ello condenando al demandado al pago de las costas."

2.- El Procurador D. Joaquim Sendra Blanxart, en nombre y representación de D. Adolfo , contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para suplicar al Juzgado dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda y condenando en costas a la parte demandante.

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de lo Mercantil Número Uno de Girona, dictó Sentencia con fecha 15 de junio de 2.006 , cuya parte dispositiva es como sigue:



"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la mercantil SURCANDO MARES ALQUILER DE VELEROS, S.L. contra D. Adolfo debo declarar y declaro constitutivas de un acto de competencia **desleal** las conductas realizadas por el demandado respecto a la mercantil, y en consecuencia lo condeno a: 1.- Cesar en las manifestaciones de desprestigio en contra de la actora; 2.- Rectificar las informaciones realizadas en las páginas electrónicas que a continuación se mencionan: *boards1.melodysoft.com*; *cdi.es/foro/vermensaje.asp*; *ciao.es/NAUTICA_121701*; *mariva.org//chsbins/board.cgi?SOLONAUTICA*; *canalempresa.com/foro/forumK* , siendo dichas direcciones donde aparecieron las manifestaciones del demandado. 3.- Publicar la sentencia en las páginas electrónicas antes mencionadas, principales diarios de difusión nacional y en revistas especializadas en el sector, con tipografía similar a los anuncios de naturaleza económica."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de D. Adolfo , la Audiencia Provincial de Girona, Sección Primera, dictó Sentencia con fecha 6 de marzo de 2.007 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que debemos estimar el recurso de apelación formulado por D. Adolfo contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil de Girona en los autos de Juicio Ordinario nº 1129/05, con fecha 15.06.06. Debemos REVOCAR la misma y debemos desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Surcando Mares, Alquiler de Veleros, S.L. contra D. Adolfo , absolviéndole de todos los pedimentos formulados en su contra, con imposición de costas a la demandante. No procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada."

TERCERO.- El Procurador D. Francesc de Bolós Pí, en nombre y representación de la entidad Surcando Mares, Alquiler de Veleros, S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Girona, Sección Primera, respecto la Sentencia dictada en grado de apelación de fecha 6 de marzo de 2.007 , con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO:** **PRIMERO.-** Se alega infracción del art. 2 de la Ley de Competencia **Desleal**. **SEGUNDO.-** Se alega infracción del art. 3 de la Ley de Competencia **Desleal**. **TERCERO.-** Se denuncia infracción del art. 3.2 de la Ley de Competencia **Desleal** .

CUARTO.- Por Providencia de fecha 4 de mayo de 2.007, se tuvo por interpuesto el recurso de casación anterior, y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala comparecen, como parte recurrente, la entidad Surcando Mares, Alquiler de Veleros, S.L., representada por la Procurador D^a Teresa Gamazo Trueba; y como parte recurrida, D. Adolfo , representado por la Procurador D^a. María Irene Arnés Bueno.

SEXTO.- Por esta Sala se dictó Auto de fecha 10 de marzo de 2.009 , cuya parte dispositiva es como sigue: "ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "SURCANDO MARES, ALQUILER DE VELEROS S.L." contra la Sentencia dictada, en fecha 6 de marzo de 2007, por la Audiencia Provincial de Gerona (Sección Primera), en el rollo de apelación nº 559/2006 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1129/2005, del Juzgado Mercantil nº 1 de Gerona."

SEPTIMO.- Dado traslado, la Procurador D^a. María Irene Arnés Bueno, en representación de D. Adolfo , presentó escrito de impugnación al recurso formulado de contrario.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de octubre de 2.010, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesus Corbal Fernandez,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El *objeto del proceso* versa sobre competencia **desleal**, y hace referencia al conflicto suscitado entre una empresa de alquiler de embarcaciones de recreo y un cliente que alquiló un velero y, actuando como patrón del mismo, realizó un viaje desde Sitges (Barcelona) a las Islas Baleares visitando las ciudades de Mallorca e Ibiza, y como consecuencia de no quedar satisfecho dicho arrendatario con el comportamiento de la arrendadora, tanto en lo que atañe al trato personal como a la calidad del servicio prestado, remitió una comunicación a diversas páginas web -foros de Internet- relacionados con el mundo de la náutica, y que son consultadas por usuarios habituales de la prestación referida y potenciales clientes de la arrendadora, en cuya misiva efectúa diversas consideraciones sobre las vicisitudes del viaje y realiza varias alegaciones y comentarios sobre las actuaciones de la empresa arrendadora en el desarrollo de la prestación contratada, los cuales a juicio de la aludida le suponen un desprestigio y descrédito que redundan en perjuicio de su actividad en el mercado, beneficiando al tiempo a las competidoras.

Por la entidad mercantil SURCANDO MARES, ALQUILER DE VELEROS, S.L. se dedujo *demand*a contra Dn. Adolfo en la que ejercita acciones de cesación y prohibición de acto de competencia **desleal** (art. 18.2 LCD), de rectificación de informaciones engañosas, incorrectas y falsas (art. 18.4 LCD) y de resarcimiento de los daños



y perjuicios ocasionados por acto de competencia **desleal**, incluyendo la publicación de la sentencia (art. 18.5 LCD). En la misma solicita: 1. Se declare que la actuación desarrollada por el demandado posee todos los requisitos necesarios para que sea considerada como un acto de competencia **desleal** contra la actora; 2. Se condene al demandado al cese de las manifestaciones descritas en la presente demanda, prohibiéndole éstos y cualesquiera otros actos de desprestigio de la entidad actora; 3. Se condene al demandado a rectificar las informaciones facilitadas a las páginas electrónicas indicadas en la presente demanda y otras que pudiera haber, remitiendo comunicación a las mismas y a las personas a las que les fueron remitidas, rectificando la información engañosa y falsa descrita en el cuerpo de esta demanda; 4. Se condene al demandado a abonar la cantidad de seis mil euros en resarcimiento de los daños morales ocasionados; y, 5. Se condene al demandado a la publicación de la sentencia recaída en este procedimiento, incluido el encabezamiento, fundamentos y fallo en las mismas páginas electrónicas a las que remitió las manifestaciones objeto de esta demanda y a los principales diarios escritos de difusión general, revistas especializadas en el mundo de la náutica, en todos ellos con tipografía similar a la utilizada en los anuncios de naturaleza económica.

En la fundamentación jurídica de la demanda se indican como ilícitos competenciales los de los artículos 9 (actos de denigración) y 5 (cláusula general) de la Ley de Competencia **Desleal**.

La *Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona*, en los autos de juicio ordinario número 1129 de 2.005, estima parcialmente la demanda interpuesta por la mercantil Surcando Mares Alquiler de Veleros S.L. contra Dn. Adolfo, declara constitutiva de un acto de competencia **desleal** la conducta realizada por el demandado respecto de la actora, y, en consecuencia, le condena a: 1. Cesar en las manifestaciones de desprestigio en contra de la actora; 2. Rectificar las informaciones realizadas en las páginas electrónicas que menciona; y, 3. Publicar la sentencia en las páginas electrónicas antes mencionadas, principales diarios de difusión nacional y en revistas especializadas en el sector, con tipografía similar a los anuncios de naturaleza económica.

La *Sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona* el 6 de marzo de 2.007, en el Rollo número 559 de 2.006, estima el recurso de apelación de Dn. Adolfo, revoca la resolución del Juzgado y desestima íntegramente la demanda interpuesta por SURCANDO MARES, ALQUILER DE VELEROS, S.L., absolviendo al demandado Sr. Adolfo de todos los pedimentos formulados en su contra.

Por la entidad mercantil SURCANDO MARES, ALQUILER DE VELEROS, S.L. se interpuso *recurso de casación* articulado en tres motivos, en los que respectivamente se denuncia infracción de los arts. 2 (motivo primero), 3.1 (motivo segundo) y 3.2 (motivo tercero) de la Ley de Competencia **Desleal**, que fueron admitidos por Auto de esta Sala de 10 de marzo de 2.009.

La *causa de inadmisibilidad* alegada en el escrito de oposición al recurso se desestima porque las Sentencias de esta Sala citadas en el recurso de casación dan cumplimiento suficiente a la exigencia de "oposición a doctrina jurisprudencial" en cuanto presupuesto de recurribilidad para la admisión del recurso, sin que ello requiera patentizar la realidad de la alegación que corresponde examinar en el momento de dictar sentencia, ni tampoco rigorizar el análisis de la concurrencia del presupuesto, porque ello supondría desplazar la decisión sobre la existencia y alcance de la doctrina jurisprudencial a un momento procesal que no corresponde, sin que quepa olvidar que sólo la apreciación del Tribunal que resuelve en Sentencia puede constituir jurisprudencia civil y que el análisis del presupuesto de interés casacional en sede de admisión se circunscribe a los aspectos formales y a evitar la artificiosidad e instrumentalidad del recurso.

SEGUNDO.- En el *motivo primero* del recurso se alega la infracción del art. 2 de la LCD porque frente a lo sostenido en la sentencia recurrida la actuación del demandado tenía finalidad concurrencial, argumentándose en el cuerpo del motivo acerca de que la actuación objeto de la demanda fue ejecutada en el mercado y de que ha habido voluntad concurrencial. En el *motivo segundo* se aduce como infringido el art. 3 de la LCD, argumentándose que el demandado en el momento en que publicó los escritos denigratorios contra la actora se ofrecía como patrón de yate en páginas de Internet relacionadas con el mercado de la náutica, lo que le convierte en un operador económico que participa en el mercado. Y en el *motivo tercero* se alega infracción del art. 3.2 de la LCD, en el sentido de que no es necesario que exista "competencia" directa entre el sujeto que realiza el acto y el sujeto que lo padece.

Con carácter prioritario, y después de señalar que la exposición a realizar se circunscribe al Derecho vigente al tiempo de los hechos, es preciso dejar sentado que la Ley de Competencia **Desleal** 3/1991, de 10 de enero, cuyo objeto es proteger a los que participan en el mercado y el mercado mismo, sirviendo de instrumento de ordenación y control de las conductas que en él se desarrollan y de protección de la propia competencia (art. 1º LCD, SS. 19 de mayo de 2.008 y 10 de febrero de 2.009, entre otras), entendiéndose por mercado (S. 19 de mayo de 2.008) cualquiera en el que confluyen las leyes de la oferta y la demanda, configura el sistema de



la deslealtad ilícita en torno a unos presupuestos y la descripción de los actos que prohíbe, que por constituir un límite a la libertad de empresa deben ser interpretados en forma restrictiva.

Para calificar un acto de ilícito contra el que puedan ejercitarse las acciones del art. 18 LCD es preciso que concurren los presupuestos de los arts. 2º y 3º y además que el comportamiento sea subsumible en alguna de las figuras típicas de los arts. 6º a 17, o como residual en la cláusula general del art. 5º, de la LCD .

El art. 3º prevé la aplicación de la LCD -ámbito subjetivo- no solo a los empresarios sino a las personas que participen (intervengan) en el mercado, sin que sea preciso que entre el sujeto pasivo -persona cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia **desleal** (art. 19.1 LCD)- y el sujeto activo del acto - cualquier persona que lo haya realizado u ordenado, o cooperado a su realización (art. 20.1 LCD)- haya una relación de competencia (art. 3.2 LCD ; SS. 19 de mayo de 2.008 y 19 de febrero de 2.009 , entre otras). Y el art. 2º, bajo la rúbrica "Ambito objeto", exige como presupuestos que el comportamiento previsto en la Ley se realice en el mercado, es decir, en clave doctrina y jurisprudencial que "tenga trascendencia exterior", y que se efectúe con fines concurrenciales, presumiendo la norma legal, en su párrafo segundo, la finalidad concurrencial del acto cuando "por las circunstancias en que se realice, se revele efectivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propios o de un tercero". No hay una opinión doctrinal uniforme (S. 22 de marzo de 2.007) acerca de si este último requisito debe configurarse exclusivamente con un criterio objetivo de idoneidad para influir en el tráfico económico, o es posible una apreciación subjetiva que atienda a la voluntad del agente -ánimo de competir; propósito de incidir en las relaciones económicas condicionando el libre comportamiento de los operadores económicos-.

La concurrencia de los presupuestos expresados no es suficiente para calificar de ilícito competencial el acto tachado de **desleal**. Es preciso que el mismo sea subsumible en alguno de los tipos de ilícito de los artículos 6º a 17 de la LCD , o bien, de no darse la previsión legal de una de dichas conductas, quepa encajar el comportamiento en la cláusula general del art. 5º LCD por ser contrario al modelo o estándar de la buena fe objetiva.

El ejercicio de una o varias de las acciones derivadas de una competencia **desleal** exige razonar la concurrencia de los presupuestos y fundamentar adecuadamente los requisitos del tipo de ilícito que se estima producido, sin que sea correcto hacer una mera alegación de hechos para que por el tribunal se haga la subsunción, como tampoco cambiar de tipo de ilícito en el curso del proceso a la vista de las alegaciones de la contraparte, o por cualesquiera otras circunstancias.

En el caso, no hay prácticamente cuestión acerca de que nos encontramos ante un acto con trascendencia exterior en el mercado -carta o comunicación publicada en diversos foros de Internet relativos al sector del mercado náutico, cuyas páginas son visitadas por potenciales clientes de la entidad que se considera perjudicada-, y que el demandado, legitimado pasivamente como autor del acto, participa en el mercado, por cuanto en su condición de patrón de yate ofrece sus servicios en internet, y se halla relacionado al menos indirectamente con las empresas que se dedican a la actividad de alquiler de embarcaciones de recreo, sin que sea necesaria una relación de competencia entre su actividad y la de la entidad actora.

El problema, en sede de presupuestos, se suscita en cuanto a la finalidad concurrencial de la carta o comunicación, la cual se niega en la resolución recurrida. Sin embargo, esta opinión no se comparte porque tanto desde un punto de vista objetivo como del subjetivo es constatable el fin concurrencial. Si esta finalidad se configura en torno a una incidencia, real o potencial, en el tráfico económico, consistente en una tendencia a producir, aunque no se consiga el propósito, lo que se denomina "distorsión de la decisión de consumo", no cabe desconocer, según resulta de los propios términos de la carta o comunicación, tanto su función objetiva como la voluntad del autor (la inicia diciendo "Mi opinión de que si queréis alquilar un velero en alguna ocasión no lo hagáis en Sitges con la empresa Surcandomares, yo tuve una mala experiencia con esta gente...", y la termina señalando "El año pasado alquilé un velero en Ronáutica me salió algo más caro, pero esos si que son unos profesionales. Espero que esa mala experiencia que pasé con esa gente evite que otro se encuentre en la misma situación, un saludo") fue la de afectar a la empresa arrendadora, influyendo en potenciales clientes en beneficio de las empresas de la competencia en el sector, sin que el despecho por el descontento con el desarrollo de la relación contractual ahogue dicha finalidad.

Por lo expuesto, y porque esta Sala entiende que concurren los presupuestos de los artículos 2º y 3º de la Ley de Competencia **Desleal** , procede estimar los motivos del recurso, casar la sentencia recurrida y asumir la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 487.2 LEC .

TERCERO.- En funciones de instancia, y habida cuenta que se ha apreciado la concurrencia de los presupuestos subjetivos y objetivos de deslealtad, procede, como paso siguiente de la respuesta judicial, examinar si concurre alguno de los ilícitos competenciales alegados en la demanda.



La tarea aparece como "ex novo" (en apelación) porque, si bien los fundamentos de derecho de la demanda se invocan dos tipos de ilícito, el que reprime los actos de denigración -art. 9º LCD -, que se argumenta, y el de la cláusula general, carente de comentario, la Sentencia del Juzgado, ahora objeto inmediato de enjuiciamiento, incurre en una doble y clara equivocación. Por un lado no recoge en forma debida el planteamiento de la demanda, pues lo circunscribe al hecho de "entender que las manifestaciones efectuadas por el demandado en soportes informáticos relativos a los servicios prestados por la actora vulneran las exigencias de la buena fe en las relaciones comerciales", fórmula ambigua en la que, y difícilmente, solo cabría comprender la conducta antijurídica del art. 5º LCD. Y por otro lado, lo que es más grave, no sólo no se expresa y menos se razona el ilícito que sirve de soporte a la estimación de la demanda, sino que incluso se decide con base únicamente en la concurrencia de los presupuestos, lo que obviamente resulta desacertado sin necesidad de más comentarios.

La parte actora no formuló impugnación de ningún tipo, ni siquiera solicitó aclaración o complemento, posiblemente amparada en la idea de que resultaba innecesario habida cuenta el pronunciamiento del fallo que condena a "cesar en las manifestaciones de desprestigio en contra la actora", pero la parte demandada tiene razón en cuanto denuncia una absoluta falta de motivación. Y como consecuencia debe afrontarse la temática como si este Tribunal actuase en primera instancia por no ser posible una opinión revisora de lo resuelto por juzgador de primer grado.

El primero de los tipos que debe ser examinado es el del art. 9º de la LCD . Pues bien, una vez examinado el amplio contenido de la carta o comunicación litigiosa, y dejando a un lado las vicisitudes marinas afrontadas por el patrón del velero, lo cierto es que, ni de las frases o expresiones aisladas, ni en su contexto, ni del conjunto del escrito, cabe deducir que las manifestaciones que molestan a la actora tengan entidad para menoscabar el crédito de la misma en el mercado, por lo que falta el requisito de la actitud del acto (SS. 22 de marzo y 22 de octubre de 2.007), que obsta a la calificación como de "denigración". Es importante resaltar que de las consideraciones o comentarios de dicha carta, algunos no sólo no son desmerecedores sino que incluso revelan para el lector neutral una seriedad contractual (aunque ello no haya sido lo que se quiso transmitir), otros (especialmente los relativos al trato personal) son más juicios de valor simples, no valorables en la perspectiva de la deslealtad, que desmerecimientos objetivos, y unos terceros (singularmente referencias a la carencia de organización y falta de bombilla de repuesto) son prácticamente irrelevantes -insignificantes- desde la perspectiva del potencial cliente. Nos encontramos ante unas manifestaciones de desahogo que, lejos de la molestia que puedan ocasionar a la actora, en modo alguno tienen entidad para constituir un acto lesivo de su reputación, y, consiguientemente, su crédito en el mercado no resulta afectado. Por ello, si bien hemos apreciado la finalidad concurrencial creemos que no se puede confundir con la idoneidad para menoscabar el crédito ex art. 9º LCD , aunque en el ámbito de una concepción objetiva de aquélla la diferenciación entrañe una cierta dificultad.

El segundo ilícito alegado en la demanda es el de la cláusula general del art. 5º LCD. Su desestimación resulta de que no cabe alegar conjuntamente los ilícitos de los arts. 9º y 5º de la LCD (Sentencias 15 de abril de 1.998 , 7 de junio de 2.000 , 11 de julio de 2.006). Se trata de significar que el art. 5º LCD está previsto para sancionar conductas no previstas en los arts. 6º a 17 LCD , pero no para considerar ilícitas las sí previstas cuando falten algunos de los requisitos exigidos en dichos preceptos (SS. 30 de mayo de 2.007 , 28 de mayo y 3 de julio de 2.008 , 25 de febrero de 2.009), pues no cabe, como dice la Sentencia de 30 de junio de 2.009 , con recurso a dicha cláusula sancionar actos que son plenamente lícitos según la norma que a ellos está destinada. En dicha línea doctrinal, y con carácter general, esta Sala viene reiterando (a) que el art. 5º LCD no establece una norma integrativa o complementaria de los tipos descritos en los artículos posteriores (SS., entre otras, 20 y 24 de febrero de 2.006 ; 14 de marzo , 30 de mayo y 10 de octubre de 2.007 ; 19 y 28 de mayo de 2.008 ; 15 de enero y 30 de junio de 2.009 ; 1 de junio de 2.010); (b) que el art. 5º de la Ley 3/1991 no puede servir para sancionar como **desleales** conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedirlos (SS., entre otras, 22 de febrero de 2.006 , 15 de enero y 8 de octubre de 2.009 , 23 de julio de 2.010); y (c) que se trata de evitar que tipos intencionadamente restrictivos -según el preámbulo de la Ley- se apliquen, con una amplitud superior a aquella con la que fueron formulados, a actos que se hubieran incluido en el específico modelo de referencia de haber reunido todos los elementos que el respectivo precepto tipificador señala como necesarios para su aplicación (SS. 19 de mayo de 2.009 y 1 de junio de 2.010 , entre otras).

Para la observancia práctica de la doctrina expuesta -exclusión liminar de la cláusula general por colisión con un supuesto típico cuya aplicación no resulta posible, bien por restricción legal de éste, bien porque en el supuesto fáctico falta alguno de los elementos exigidos por el tipo- es preciso tener en cuenta la "ratio" de la norma que configura el respectivo ilícito y la naturaleza y caracteres del acto, a fin de determinar si debe ser



enjuiciado a la luz de alguno de los preceptos que configuran supuestos típicos (SS. 19 de mayo de 2.008 , 30 de junio de 2.009 , y 1 de junio de 2.010).

En el caso la falta de aptitud para menoscabar el crédito que excluye el tipo del art. 9º LCD no cabe paliarla con una hipotética falta de buena fe objetiva en el comportamiento objeto de enjuiciamiento. Si una conducta tiene la apariencia formal de ser subsumible en el art. 9º , la falta de idoneidad del acto para ser denigratorio, aunque no haya buena fe, no permite suplir el ilícito del art. 9º por el del art. 5º LCD , afectando a la sustantividad de éste.

Como consecuencia de lo expuesto se desestima la demanda, pero no se hace especial imposición de costas por apreciarse serias dudas de derecho -tema discutible en la perspectiva jurídica del art. 9º LCD , aunque se considera más segura la solución adoptada-, de conformidad con lo establecido en el art. 394.1 LEC . Tampoco se hace condena en costas ni en apelación, ni en casación, por aplicación del art. 398.2 LEC .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

PRIMERO.- Que estimando el recurso de casación de Surcando Mares, Alquiler de Veleros, S.L. casamos la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona el 6 de marzo de 2.007, en el Rollo número 559 de 2.006 , sin hacer especial imposición de costas en el recurso; y,

SEGUNDO.- Que estimando el recurso de apelación de Dn. Adolfo revocamos la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona en los autos de juicio ordinario número 1129 de 2.005 y desestimamos la demanda entablada por SURCANDO MARES, ALQUILER DE VELEROS, S.L., absolviendo al demandado Sr. Adolfo , sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesus Corbal Fernandez, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.