

Jurisprudencia Nacional (mayo 2007 a septiembre 2007)

MIRIAM ANDERSON*

TRIBUNAL SUPREMO

Competencia desleal

– STS (Sala Civil) de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007/3607). Ponente: Francisco Marín Castán. A la hora de determinar si un acto de imitación constituye un comportamiento subsumible en el artículo 11.2 de la Ley de Competencia Desleal de 1991, la Sala recuerda la doctrina sentada previamente, a la luz también de los pronunciamientos del TJCE, y trae a colación el criterio recogido en la Directiva 2005/29/CE, donde se toma como referencia el baremo del «consumidor medio». FJ 3.º: «C) En esa misma línea ha declarado esta Sala que el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal “proclama como principio la libertad de imitación, salvo si existe un derecho en exclusiva que la impida” (STS 7 de junio de 2000 en recurso 2484/95) y que el uso concurrencial no reivindicado como excluyente no constituye competencia desleal (STS 6 de junio de 1997 en recurso 1611/93)». —En cuanto a la comparación determinante del juicio de imitación, la sentencia de 21 de junio de 2006 (recurso núm. 3813/99), además de puntualizar muy rotundamente que dicho juicio está reservado al juez por muy costosos que sean los informes de mercadotecnia aportados por las partes, indicó lo siguiente acerca del sujeto de referencia para efectuar ese mismo juicio: «J) Todo ello está en coherencia con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su sentencia de 16 de julio de 1998 (asunto C-210/96), sobre publicidad engañosa, al tomar en consideración la expectativa que se producía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, y declarar que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales la apreciación de si una mención publicitaria produce un efecto engañoso, no excluyendo que el Juez nacional pueda evacuar un informe pericial o encargar un sondeo de opinión, pero también, desde luego, sin obligarle a ello. K) La reciente Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales toma como referencia, en su artículo 5.2 b), al consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o al miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo de consumidores.»

Principios del Derecho Europeo de los Contratos

– STS (Sala Civil) de 11 de julio de 2007 (TOL1.123.877). Ponente: Encarnación Roca Trías. La referencia a los usos que contiene el artículo 1287 del CC es generalizada y objetiva, como demuestra su contemplación

* Profesora Lectora de Derecho Civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto 2005 SGR 00759

en los Códigos italiano y francés o en el artículo 5:102 f) PECL. FJ 2.º: [...] «Cosa distinta es la cantidad que debe pagarse al mediador a falta de pacto concreto. La recurrente considera que deben aplicarse las reglas del Colegio profesional, en defecto de acuerdo entre las partes, y por ello denuncia la inaplicación del artículo 1287 del CC, que se refiere al uso para suplir la omisión de las cláusulas que de ordinario suelen establecerse en los contratos, uso que identifica con los honorarios establecidos en el correspondiente Colegio profesional. El artículo 1287 del CC se inserta en una larga tradición que considera como reglas interpretativas las generales o usos externos a las partes; se trata de prácticas que personas en la misma situación y circunstancias que las propias partes consideran aplicables en sus contratos y que deben usarse para interpretarlo, excepto cuando no sean razonables en el concreto caso; se trata de comportamientos interpretativos generalizados y objetivos. Se encuentran recogidos en el artículo 1159 del Código francés; artículo 1368.1 del Código italiano y en el artículo 8.3 de la Convención de Viena, así como en el artículo 5:102 f) de los Principios del Derecho europeo de los contratos [...]». No obstante, en el caso enjuiciado, se confirma la sentencia recurrida, que aplicó una regla de equidad para determinar la remuneración del mediador, puesto que no se considera probado que las pautas marcadas por el colegio profesional constituyan el uso al que se refiere el artículo 1287 del CC.

– STS (Sala Civil) de 23 de julio de 2007 (RJ 2007/4702). Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Los respectivos artículos de los PECL son traídos a colación como complemento de la doctrina jurisprudencial en materia de incumplimiento resolutorio; en concreto, se acude a ellos para averiguar cuándo puede considerarse que un impedimento para cumplir escapa del control de la parte afectada y cuándo debe estimarse que el término es esencial. FJ 7.º: «[...] A) Esta Sala, en la jurisprudencia más reciente, viene declarando que la voluntad de incumplimiento se demuestra por la frustración del fin del contrato “sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren [...] las legítimas aspiraciones de la contraparte” [...] y exige simplemente que la conducta del incumplidor sea grave [...], admitiendo el “incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida [...] la realización del fin del contrato [...] según los términos convenidos” [...]. Esto ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit [art. 7.3.1 2.b)], cuando se “priva sustancialmente” al contratante “de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”, pues el incumplimiento tiene entonces carácter esencial si no es excusable, cosa que a su vez ocurre, según los Principios del Derecho Europeo de Contratos, cuando se debió a un impedimento fuera de control y no se podía suponer razonablemente que dicho impedimento hubiera sido previsto en el momento de la conclusión del contrato ni tampoco que se hubieran evitado o superado el impedimento o sus consecuencias (art. 8.108). B) En el caso examinado se produjo una situación que afectaba de modo notable a la pretensión del Ayuntamiento de agotar financiera y jurídicamente la operación de venta con arreglo al plazo estipulado para su perfección, como tenía derecho razonablemente a esperar como consecuencia del cumplimiento del contrato, y su incumplimiento no puede justificarse por las dificultades que el comprador haya podido padecer para reunir el efectivo necesario para el pago, pues esta circunstancia no consta que obedeciese a impedimentos razonablemente no previsibles en el momento de la conclusión del contrato. El retraso se convirtió en esencial [en los términos

de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, artículo 1.806.3 [*debería ser el (art. 8:103)*] cuando el Ayuntamiento otorgó un nuevo término, cuya extensión no puede ser calificada de irrazonable, y el comprador no acudió a la formalización del contrato [...]. También en materia de incumplimiento, alude artículo 8:103, c) de los Principios de Derecho europeo de contratos la **SAP Madrid (Sección 10) de 4 de junio de 2007 (AC 2007/1226)**, ponente: Mariano Zaforteza Fortuny.

Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil

– STS (Sala Civil) de 17 de julio de 2007 (TOL1.126.645). Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Supuesto en que se demandaba a los anfitriones por las lesiones que sufrió una de las invitadas a cenar en una casa particular, que se dirigió hacia la cocina, sin que el pasillo estuviese alumbrado, y tropezó con un juguete. Se deniega la pretensión indemnizatoria y, para definir el concepto de culpa exigido por el artículo 1.902 del CC, el Tribunal acude, entre otros, a los preceptos de los Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil. FJ 3.º: «[...] 4.ª– En los trabajos preparatorios de los “Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”, actualmente en curso, se define el “Estándar de conducta exigible” como “el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias, y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos” (art. 4: 102. -1-). 5.ª– Tales criterios pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del artículo 1902 CC y completar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el artículo 1104 cuando alude tanto a la “diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” como a “la que correspondería a un buen padre de familia” para, así, configurar un modelo de conducta diligente válido para la mayoría de los casos. 6.ª– En el ámbito doméstico son fácilmente imaginables acciones u omisiones culposas o negligentes de los anfitriones para con sus invitados, como por ejemplo servir una comida sin haberse preocupado de que esté en buenas condiciones o no haber reparado antes de la visita defectos del material aislante de los cables eléctricos exteriores o a la vista. Pero ello no significa que absolutamente todas las situaciones hipotéticamente peligrosas sean merecedoras de imputación objetiva si el peligro es remoto y aquellas entran dentro de la normalidad de un hogar.»

Propiedad Intelectual (Interpretación del Derecho interno conforme al Derecho comunitario. Doctrina del TJCE)

– SSTS (Sala Civil) de 6 de julio de 2007 (RJ 2007/4677 y 4678). Ponente: Clemente Auger Liñán. Comunicación pública de obras audiovisuales a las distintas habitaciones de un hotel en circuito cerrado de televisión. Recoge el cambio jurisprudencial que demandó la STJCE de 7 de diciembre de 2006 –en la cuestión prejudicial C-306/05 (SGAE/RAFAEL HOTELES)– y que tuvo lugar por medio de la STS de 16 de abril de 2007 (ponente: Jesús Corbal Fernán-

dez). FJ 2.º: «[...] En la cuestión prejudicial C-306/05 se planteó la siguiente pregunta: “si la captación por el titular de una explotación hotelera de señales de televisión de entidades de radiodifusión y su posterior distribución a los habitantes de un hotel constituye un acto de comunicación pública sobre el que se extiende la pretendida armonización de las normativas nacionales de protección de los derechos de autor prevista en el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001”, cuestión claramente coincidente con la del supuesto que nos ocupa. [...] El cambio jurisprudencial se justifica por las siguientes razones: 1) Si bien es cierto que los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 14.3 y 24.1 CE) exigen cierta permanencia y estabilidad en la doctrina jurisprudencial, en cuanto que complementa el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC) y debe ser seguida por el propio Tribunal y restantes tribunales, sin embargo la jurisprudencia puede y debe ser cambiada cuando se dé una razón poderosa que lo justifique, tal y como sucede en el caso enjuiciado por la necesidad de armonizar y unificar la aplicación del derecho acomodando la interpretación de la norma interna a la del Derecho Comunitario. 2) Las normas del ordenamiento jurídico interno deben ser interpretadas por todos los tribunales en el sentido más conforme al Derecho Comunitario, con independencia de que la norma sea anterior o posterior a una Directiva, y que ésta haya sido o no transpuesta mediante Ley interna. 3) Nada obsta a que la interpretación de la Sentencia del TJCEE de 7 de diciembre de 2006 se refiera a una Directiva, la 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, que es posterior a la demanda del pleito que se enjuicia, porque lo que se toma en consideración no es la regulación de la Directiva, sino una interpretación jurisprudencial (del TJCEE) que es plenamente aplicable a la norma interna (art. 20.1 de la LOPJ 22/1987, y del TR 1/1996), la cual no disiente del Derecho Comunitario; y ello máxime si se tiene en cuenta que ni la norma interna ni la Directiva definen qué es la “Comunicación al público”. Por consiguiente, no hay retroactividad normativa (por cierto, tampoco se contradice su prohibición cuando se trata de normas interpretativas o aclaratorias –retroacción impropia–, S. 17 septiembre 2006), ni se afecta a la «*perpetuatio actionis*». 4) Tampoco obsta que la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea aluda concretamente a los autores, en tanto el caso que se enjuicia se refiere a los productores de grabaciones audiovisuales, porque, aparte del carácter general de la “comunicación al público” respecto de todos los derechos de propiedad intelectual, en cualquier caso, una elemental regla de lógica formal no permite que una misma cosa pueda ser y no ser a la vez o al mismo tiempo. Por ello, si en el supuesto de los hoteles contemplado hay acto de comunicación pública para los autores también lo hay para los titulares de derechos finés. 5) Los términos de la Sentencia del TJCEE son claros y se pueden resumir en los apartados siguientes: a) El concepto de “comunicación al público” debe entenderse en un sentido amplio; b) El T de J ha declarado que el término «público» hace referencia a un número indeterminado de telespectadores potenciales; c) La clientela de un establecimiento hotelero normalmente se renueva con rapidez, por lo que, por lo general, se trata de un número considerable de personas; d) Si se tienen en cuenta los efectos acumulativos provocados por la posibilidad que se concede a los telespectadores potenciales de acceder a la obra, los mismos pueden adquirir en el contexto de que se trata una importancia significativa; e) La clientela de un establecimiento hotelero es un público nuevo. Las comunicaciones que se efectúan en circunstancias como las del asunto principal son comunicaciones

realizadas por un organismo de retransmisión distinto al de origen, en el sentido del art. 11 bis, apartado 1, inciso ii), del Convenio de Berna, por lo que estas transmisiones se dirigen a un público que no coincide con el previsto para el acto de comunicación original de la obra, es decir, a un público nuevo; f) Para que haya comunicación al público basta con que la obra se ponga a disposición del público, de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella; g) Se estime o no la concurrencia de un fin lucrativo como condición necesaria para que se dé una comunicación al público, en el caso de que se trata hay una prestación de servicios suplementaria efectuada con el objetivo de obtener algún beneficio, pues la inclusión del servicio influye en la categoría del hotel y, por tanto, en el precio de las habitaciones; h) Si bien la mera puesta a disposición de las instalaciones no equivale en sí misma a una comunicación, sin embargo hay acto de comunicación al público porque «tales instalaciones posibilitan técnicamente el acceso del público a las obras radiodifundidas», «sin que tenga relevancia la técnica empleada para la transmisión de la señal»; i) El carácter privado o público del lugar en que se produce la comunicación no tiene relevancia alguna. El derecho de comunicar al público quedaría manifiestamente desprovisto de contenido si no abarcara también las comunicaciones efectuadas en lugares privados, y j) Por consiguiente, el carácter privado de los dormitorios de un establecimiento hostelero no impide que se considere que la comunicación de una obra en tales habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituye un acto de comunicación al público en el sentido del art. 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. [...] Por consiguiente en el supuesto enjuiciado hay acto de comunicación pública de conformidad con el art. 20, apartados 1 y 2 e) y f) LPI 22/1987.»

Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras

– STS (Sala Civil) de 17 de mayo de 2007 (RJ 2007/3178). Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. En un supuesto en que resultaba de aplicación el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la recurrente afirmaba que se había vulnerado, por inaplicación, el artículo 27.2 del referido Convenio, al no permitir el Convenio bilateral entre España e Italia sobre Asistencia Judicial y Reconocimiento y Ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, de 27 de mayo de 1973 (*Sic*) la notificación por vía postal, entre otros defectos que se imputan al modo en que se llevó a cabo. El motivo es desestimado, por las razones que se plasman en el FJ 3.º: «En efecto, el art. 27.2 del Convenio de Bruselas contiene un presupuesto de reconocimiento –y de ejecutoriedad– que, sobre la base de la existencia de una situación procesal de rebeldía del demandado en el procedimiento seguido en el Estado de origen, gravita en torno a una norma de conflicto uniforme, articulada en función de los propósitos y objetivos del Convenio, que sitúa en el ordenamiento del Estado donde se desarrolló el proceso –incluido, por supuesto, el ordenamiento supranacional integrado en él, cuando se trata de supuestos de tráfico externo–, las formalidades que debe revestir el acto de comunicación inicial del procedimiento, conforme al cual se examinará, además, el carácter subsanable del defecto en que eventualmente pudiera haber incurrido. Las disposiciones del Convenio no armonizan, pues, los diferentes sistemas de notificación en el extranjero de los documentos judiciales, pero sí tienen la finalidad de garantizar al demandado una protección efectiva de sus derechos, estableciendo el mecanismo conflictualista expuesto, y dejando de

la mano no sólo del Juez del Estado de origen, sino también del Juez del Estado requerido, el control de la regularidad formal en la notificación de la cédula de emplazamiento –SSTJCE 15 de julio de 1982, asunto 228/81, Pendi Plastic, de 3 de julio de 1990, asunto C-305/88, Lancray, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-522/03, Scania Finance France–.

A las consideraciones anteriores cabe añadir las que seguidamente se hacen. En primer lugar, el sistema que acoge el Convenio de Bruselas –que se encuentra modulado en su rigor, sin embargo, por la norma que lo sustituye, el Reglamento CE 44/2001, de 22 de diciembre –artículo 34.2, in fine–, inaplicable al caso por razones temporales, art. 66– se revela deliberadamente formalista, y, en atención a la función de garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de los demandados, no admite reduccionismo alguno; por lo tanto, el conocimiento de la existencia del proceso, que no ha sido proporcionado de forma regular, no permite considerar cumplidos los presupuestos de la homologación, salvada, claro está, la subsanación de los posibles y eventuales defectos formales del acto según el derecho aplicable –STJCE 3 de julio de 1990, asunto C-305/88, Lancray–, del mismo modo que el número 2 del art. 27 del Convenio se opone a que una resolución dictada en rebeldía en un Estado contratante sea reconocida en otro Estado cuando la cédula de emplazamiento no ha sido notificada al demandado de forma regular, aunque éste haya tenido posteriormente conocimiento de la resolución recaída y no haya utilizado los medios de impugnación disponibles con arreglo al derecho procesal del Estado de origen –SSTJCE 12 de noviembre de 1992, asunto C-123/91, Minalmet, y de 23 de noviembre de 2005, asunto C-3/05 (*sic*) Gaetano Verdoliva–. En segundo lugar, el señalado precepto no es invocable cuando el demandado ha comparecido en el proceso y ha efectuado alegaciones –STJCE de 21 de abril de 1993, asunto C-172/91, Sonntag–. En tercer lugar, el concepto de cédula de emplazamiento o documento equivalente tiene para el Convenio un carácter autónomo, designando a los actos cuya entrega o notificación al demandado, efectuadas de forma regular y con tiempo suficiente, coloca a éste en condiciones de invocar sus derechos antes de que se dicte en el Estado de origen una sentencia ejecutoria –STJCE 13 de julio de 1995, asunto C-474/93, Hengst Import BV–. Y en cuarto lugar, el principio dispositivo y de aportación de parte que rige el procedimiento de *exequatur* impone a la parte frente a la que se pretende el reconocimiento y la ejecución la carga de justificar debidamente la falta de regularidad formal del acto de comunicación, conforme al derecho procesal aplicable, que constituye el obstáculo a la homologación.» A continuación se analiza el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 y se concluye que: «Además, el examen de los documentos aportados permite concluir que el demandado tuvo posibilidad de defenderse ante el Juez de origen, quedando, por tanto, garantizados los objetivos del Convenio –STJCE 14 de octubre de 2004, asunto C-39/02, Maersk Olie & Gas A/S–». En el FJ 4.º se analiza el motivo relativo a la falta de competencia del juez de origen y a la posible vulneración del artículo 24 CE por esta causa.

Responsabilidad extracontractual: inmisiones

– STS (Sala Civil) de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007/3431). Ponente: Francisco Marín Castán. Se analiza la jurisprudencia del TEDH sobre inmisiones sonoras y de otra naturaleza como fuente de la obligación de indemnizar en el orden jurídico-privado. FJ 3.º: «[...] Como es bien sabido, la res-

puesta del ordenamiento jurídico español y su complemento jurisprudencial al problema de los daños causados a particulares por inmisiones que hoy podríamos calificar de “medioambientales” no ha sido siempre homogénea. Es más, hasta cierto punto podría sostenerse que el muy notable y progresivo crecimiento de la normativa sobre esta materia, de ámbito tanto estatal como autonómico e incluso local, no necesariamente se traduce en una mayor protección efectiva del particular frente al daño medioambiental que le afecta directamente, pues no pocas veces es la propia sobreabundancia de normas lo que dificulta la protección de sus derechos subjetivos.

Así, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994 (núm. 1994/496, caso López Ostra contra el reino de España) acordó una indemnización de 4.000.000 de ptas. a favor de la demandante por el daño moral “innegable” que había sufrido al soportar tanto “las molestias provocadas por las emanaciones de gas, los ruidos y los olores procedentes de la depuradora” como “la angustia y la ansiedad propias de ver cómo la situación se prolongaba en el tiempo y la salud de su hija se resentía” (parágrafo 65). Centrada esta resolución en si se había producido o no una infracción del art. 8 del Convenio de Roma, relativo al derecho de toda persona a que se respete su vida privada y familiar, el Tribunal responde afirmativamente valorando, de un lado, que “la interesada y su familia vivieron durante años a doce metros de un foco de olores, ruidos y humos” (parágrafo 42) y, de otro, la inactividad del Ayuntamiento u otras autoridades españolas a la hora de remediar la situación, inactividad no excusable por la pendencia de un proceso Contencioso-Administrativo fundado en la falta de licencia para la instalación y de un proceso penal por delito ecológico, ambos promovidos por las cuñadas de la recurrente, porque los dos procesos tenían objetos diferentes de aquella reprochable inactividad (parágrafos 37 y 38).

Particular interés tiene la declaración del Tribunal de que “los atentados graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio de un modo que llegue a perjudicar su vida privada y familiar, sin necesidad de que también haya de poner en grave peligro la salud de la interesada”; la que considera preciso «atender al justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto»; la que pese a reconocer que el Ayuntamiento había reaccionado con prontitud realojando a la familia de la recurrente y clausurando parcialmente la planta depuradora, advertía sin embargo que no era posible ignorar la persistencia de los problemas medioambientales tras ese cierre parcial ni que los poderes generales de policía conferidos por el Reglamento de 1961 (Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre) obligaban al Ayuntamiento a reaccionar, esto es, a poner en práctica una medida positiva (parágrafos 52 a 54); y en fin, la que para dar una satisfacción equitativa al perjudicado, conforme al art. 50 del Convenio, tenía en consideración la depreciación de la casa de la recurrente y los gastos y molestias derivadas del cambio de domicilio (parágrafo 65). En definitiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indemnizaba a la recurrente después de que sus pretensiones, fundadas en la vulneración de derechos fundamentales, hubieran sido desestimadas en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo y el Tribunal Constitucional hubiera inadmitido su recurso de amparo.

Sobre casos que no afectaban al reino de España, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó otras sentencias de interés para la materia del litigio causante de este recurso de casación. La sentencia de 19 de febrero de 1998 (caso

Guerra contra Italia, núm. 1998/875) dio un paso más en la relación de los daños y peligros medioambientales con la vulneración de los derechos fundamentales, pues al examinar los perjuicios causados a cuarenta personas que residían a un kilómetro de una industria química de alto riesgo, apreciaba también una reprochable inactividad de las autoridades del Estado demandado reproduciendo la doctrina del caso López Ostra. Y la sentencia de 2 de octubre de 2001 (varios ciudadanos contra el Reino Unido, caso del aeropuerto de Heathrow, núm. 2001/567), centrada en el ruido causado por los aviones en el aeropuerto de mayor tráfico de Europa, insistió en la necesidad de hallar un justo equilibrio entre los intereses de las personas y los de la comunidad pero añadiendo dos consideraciones de importancia capital: primera, que “en un campo tan sensible como el de la protección medioambiental, la mera referencia al bienestar económico del país no es suficiente para imponerse sobre los derechos de los demás”; y segunda, que “debe exigirse a los Estados que minimicen, hasta donde sea posible, la injerencia en estos derechos, intentando encontrar soluciones alternativas y buscando, en general, alcanzar los fines de la forma menos gravosa para los derechos humanos”.

Ya en un asunto que sí afectaba a España, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra el reino de España) abordó el caso de una ciudadana de Valencia que se decía asediada por el ruido de los locales de diversión nocturna de la zona en que vivía. Su pretensión indemnizatoria frente al Ayuntamiento había sido rechazada por los órganos jurisdiccionales del orden Contencioso-Administrativo, e impetrado amparo ante el Tribunal Constitucional éste se lo había denegado en su sentencia 119/2001, de 24 de mayo (*sic*) que si ciertamente procedía a una expresa recepción de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo en esta materia, consideraba sin embargo que la demandante de amparo no había conseguido probar debidamente los daños y perjuicios justificativos de aquella pretensión indemnizatoria. Pues bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia, además de insistir en su línea interpretativa del art. 8.1 del Convenio sobre la posible vulneración del derecho al respeto al domicilio por ruidos, emisiones, olores y otras injerencias, estima el recurso por considerar “innegable” el ruido nocturno que venía soportando la demandante durante varios años, sobre todo durante el fin de semana, y razona que “exigir a alguien que habita en una zona acústicamente saturada, como en la que habita la demandante, la prueba de algo que ya es conocido y oficial para la autoridad municipal no parece necesario” (parágrafo 59). Por lo que se refiere a las medidas administrativas adoptadas al respecto, que en el caso había sido una ordenanza municipal sobre ruidos y vibraciones, el Tribunal declara que “una regulación para proteger los derechos garantizados sería una medida ilusoria si no se cumple de forma constante, y el Tribunal debe recordar que el Convenio trata de proteger los derechos efectivos y no ilusorios o teóricos” (parágrafo 61).

La repercusión práctica de esta última sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional fue inmediata, pues este último, tras haber inadmitido por providencia un recurso de amparo muy similar al de la Sra. Moreno Gómez, dictó el Auto 37/2005, de 31 de enero, estimatorio de recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal. Pero ya antes el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 16/2004, de 23 de febrero, había desestimado el recurso de amparo del titular de un local tipo «pub» contra la sanción impuesta por el Ayuntamiento con base en una Ordenanza sobre protección contra la contaminación acústica,

sanción confirmada en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo al apreciarse que dicha Ordenanza tenía cobertura tanto en el Reglamento de 1961 sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas como en la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico. Se razona en esta sentencia sobre la “nueva realidad” de “los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”; se constata que a esa nueva realidad ha sido sensible la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido; se destaca la doctrina al respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; se declara que “el ruido, en la sociedad de nuestros días, puede llegar a representar un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos”; y en fin, se concluye que aunque la Ordenanza municipal no podía tener cobertura legal en el Reglamento de 1961, sí la tenía, en cambio, en la Ley de 1972 de Protección del Ambiente Atmosférico.

También el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo fue reaccionando progresivamente contra las inmisiones sonoras [...] Sin embargo fue siempre ante el orden jurisdiccional civil, pese a la aparente escasez de normativa protectora frente a ruidos y otras inmisiones, donde los particulares obtuvieron más frecuentemente una satisfacción de sus pretensiones indemnizatorias o de cese de la actividad perjudicial. Ya fuera con base en los arts. 1902, 1903 y 1908 del CC, ya con fundamento en su art. 590, ya aplicando los principios de prohibición del abuso de derecho y de los actos de emulación, ya los preceptos específicos de las leyes reguladoras de los arrendamientos urbanos y de la propiedad horizontal, ya incluso mediante la estimación de interdictos como el de obra nueva y, más recientemente, mediante la tutela de los derechos fundamentales, ya apoyándose en las normas que en su caso se contuvieran en el Derecho civil foral o especial aplicable, son muchas las sentencias civiles estimatorias de demandas contra los daños y perjuicios causados por el ruido y otras inmisiones.» A continuación, repasa la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, enfatizando la recepción de la jurisprudencia del TEDH, y la normativa, ya interna, ya comunitaria, respecto de las inmisiones sonoras. Los fundamentos de derecho que siguen resuelven los concretos motivos del recurso, a la luz de este marco normativo y jurisprudencial, para acabar rebajando las indemnizaciones por daños materiales y morales solicitadas.

Transporte marítimo internacional (Interpretación de la doctrina del TJCE sobre los usos del comercio en la aceptación de cláusulas de sumisión a una determinada jurisdicción)

– STS (Sala Civil) de 5 de julio de 2007 (TOL1.113.023). Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Se discute la validez y eficacia de la cláusula de sumisión, contenida en el conocimiento de embarque que documentó el contrato de transporte marítimo internacional de mercancías celebrado por las partes; se trata de averiguar si responde al concepto de «uso» recogido en el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al que España se adhirió a través del Convenio de San Sebastián de 26 de mayo de 1989, y, más en concreto, si el uso debe serlo entre las partes en litigio en particular. La Sala efectúa un repaso de la jurisprudencia comunitaria en la materia, que a continuación se extracta. FJ 2.º: «[...] La cuestión a que se contrae la denuncia objeto del recurso de casación consiste en deter-

minar si, además de tales requisitos generales, se dan en el presente caso los específicos que, en orden a la forma de celebración del convenio atributivo de competencia, se especifican en la letra *c*) del apartado primero del referido art. 17, con arreglo al cual, el acuerdo de sumisión podrá celebrarse, en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes, en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

Para resolver la cuestión controvertida se ha de partir, ante todo, de los datos de carácter fáctico que se contienen en la sentencia recurrida. En ella, tal y como se ha señalado, se indica que la cláusula atributiva de la competencia, que no consta estar suscrita por el cargador, es conforme a los usos que en dicho comercio internacional son ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado, entendiéndose que existe un uso en el sector comercial considerado, según la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de febrero de 1997, asunto C-106/1995, cuando, en particular, los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos. Para el tribunal de instancia consta notoriamente la habitualidad de la incorporación de cláusulas de sumisión expresa en los conocimientos de embarque, del mismo modo que las partes en el contrato, comerciantes que actúan en el sector considerado, conocían o debían conocer dichos usos.

Para dar respuesta a la cuestión jurídica suscitada se ha de tomar como punto de partida que la norma convencional establece un régimen uniforme, en cuanto a la forma de expresión del consentimiento sobre el acuerdo de atribución de competencia que pretende garantizar su efectiva prestación: como señala el Informe Jenard sobre el Convenio de Bruselas, el objetivo de las reglas de forma del artículo 17 –cuyo antecedente legislativo se encuentra en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980–, es evitar que una cláusula de elección de foro pase desapercibida para una de las partes. Esta labor de control se confiere al Juez nacional: el Tribunal de Justicia Comunitario ha sido contundente al declarar que corresponde a ese Juez nacional apreciar, primero, si el contrato de referencia se encuadra en el comercio internacional, a los efectos de la aplicación de lo dispuesto en la letra *c*) del apartado primero del art. 17 del Convenio de Bruselas, y comprobar, en segundo lugar –y a los mismos efectos–, la existencia de un uso en el sector del comercio internacional en el que operan las partes en litigio –SSTJCE 20 de febrero de 1997, asunto C-106/95, MSG, y de 16 de marzo de 1999, asunto C-159/97, Castelleti–. El propio Tribunal comunitario ha elaborado el concepto de “uso”, a los efectos de la aplicación del citado precepto, y ha considerado que existe un uso en el sector comercial considerado cuando, en particular, los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos –SSTJCE 20 de febrero de 1997, asunto C-106/95, MSG, y de 16 de marzo de 1999, asunto C-159/97, Castelleti–. Y ha añadido que no es necesario que dicho comportamiento esté acreditado en determinados países, ni, en particular, en todos los Estados contratantes. El hecho de que los operadores de países que ocupan una posición preponderante, en el sector del comercio internacional de que se trata, observen de modo general y regular cierta práctica puede constituir un indicio que facilita la prueba del uso, si

bien el criterio decisivo sigue siendo el de si los operadores del sector del comercio internacional en el que las partes contratantes ejercen su actividad siguen o no el comportamiento de que se trata de modo general y regular –STJCE de 16 de marzo de 1999, asunto C-159/97, *Castelleti*–.

De todo ello se deduce que para que el uso al que se acomoda la forma de inclusión del acuerdo de elección del foro tenga virtualidad para atribuir validez y eficacia a éste es preciso que, desde luego, sea conocido o deba serlo por las partes en la relación jurídica concreta, pero, al tiempo, es necesario que sea ampliamente conocido por los operadores en el sector comercial considerado y regularmente observado por éstos, y no necesariamente por las partes de la relación jurídica, en los contratos del mismo tipo en dicho sector comercial. Es esta la interpretación que mejor se ajusta a los rasgos que definen la existencia de un uso según la doctrina del Tribunal de Justicia Comunitario, y que se impone desde la lógica de los términos en que está redactado el precepto, pues si se predica el requisito de la regular observancia del uso respecto de las partes de la concreta relación jurídica huelga, por innecesario, el requisito de su conocimiento por éstas, consustancial a su observancia regular. [...] Lo contrario sería tanto como identificar el uso comercial con los hábitos que hubieren establecido las partes entre ellas en sus relaciones comerciales, que por sí mismos constituyen un criterio de validez y eficacia de la forma del acuerdo de elección del foro, contemplado en la letra *b*) del apartado primero del art. 17 del Convenio; y sería tanto como circunscribir la operatividad de la regla a los usos particulares, y limitar la eficacia del uso, a estos efectos, a los casos en que hubiera sido observado con anterioridad por las partes de la concreta relación jurídica, negando virtualidad a su observancia por vez primera, fundamentalmente por quien no es predisponente de la cláusula de sumisión, a lo que se añade el problema práctico, que se dará en no pocas situaciones, de la dificultad de acreditar la regular observancia del uso por aquel a quien se opone su existencia. Y, en fin, la interpretación que se hace de la norma es plenamente respetuosa con su finalidad, pues permite garantizar que la cláusula no pase desapercibida para las partes, y asegura la presencia del efectivo consentimiento de los intervinientes en la relación jurídica sobre el acuerdo de elección del foro.

Paralelamente, la expresión “sector comercial considerado” no puede ser interpretada en el sentido de atender al específico tráfico o a la concreta actividad que constituye el objeto de la relación jurídica litigiosa, sino que ha de estarse al género en donde se incluye ese específico tráfico o actividad. Así, basta con atender, a los efectos de la forma prevista en la letra *c*) del primer apartado del art. 17 del Convenio, al ámbito del comercio, definido por la clase de relación jurídica y las circunstancias que la modalizan, en que se desarrolla la relación comercial internacional entre las partes, de manera que, si como aquí sucede, ésta se traduce en un contrato de transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, será éste, independientemente del objeto del transporte y del espacio geográfico en que se desenvuelva, el sector comercial afectado al que habrá de estarse para comprobar la regular observancia de la práctica que conforma el uso al que ha de ajustarse la forma de celebración del convenio atributivo de competencia, al no haber constancia de que el objeto del transporte o su ámbito geográfico caractericen singularmente la relación jurídica. [...] No resultan óbice para las anteriores conclusiones las declaraciones contenidas en las Sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1984 –asunto 71/83, *Tilly Russ*– y de 16 de marzo de 1999 –asunto “*Castelleti*” –que la parte recurrente extracta en su escrito de recurso, ni tampoco los argumentos recogidos en las Conclusiones del Abogado General en dicho asunto, pues tanto en él como en el

asunto “Tilly Russ” se examinaban y se daba respuesta a unas cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del art. 17 del Convenio, tal y como estaba redactado con anterioridad al Convenio de San Sebastián, y, por lo tanto, limitadas a la interpretación de los requisitos relativos a la constancia escrita o verbal del consentimiento y a la habitualidad de las relaciones comerciales –asunto “Tilly Russ”–, así como a la existencia y conocimiento, o posibilidad de conocimiento por las partes del uso conforme al cual se ajustaba la forma de celebración del acuerdo de elección del foro –asunto “Castelleti”–, en que se resumían los requisitos establecidos por el citado artículo, en la redacción vigente y aplicable a los casos considerados en las señaladas sentencias.»

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Cláusulas abusivas: sumisión a arbitraje

– AA AP Madrid (Sección 21) de 19 de junio de 2007 (JUR 2007/258431 y 258515). Ponente: Guillermo Ripoll Olazábal. Se declara la nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje en el momento en que se solicita la ejecución del laudo, siguiendo el criterio marcado por el AAP Madrid (Sección 21) de 24 de mayo de 2007 (JUR 2007/247022) en el que fue ponente María Almudena Cánovas del Castillo Pascual (los autos que la siguieron reproducen sus FJ 2 a 4) y al que también se había sumado el AAP Madrid (Sección 21) de 12 de junio de 2007 (JUR 2007/259035) Ponente: Ramón Belo González. FJ 2.º: «El tema que se discute en el presente recurso es el de si es posible, cuando se solicita la ejecución de un laudo arbitral, –y más allá de analizar ante tal pretensión si concurren los requisitos procesales y presupuestos formales para despachar la misma–, el examen de oficio de la validez del pacto o convenio en virtud del cual se sometieron a arbitraje las partes, cuando ninguna de ellas hizo uso del recurso de anulación del laudo dictado que regulan los arts. 40 y siguientes de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre.

Esta cuestión, sumamente discutida y debatida en nuestros tribunales, ha venido dando lugar a la adopción por los mismos de resoluciones en parte contradictorias, siendo el criterio mantenido por esta Sala, hasta el momento, el de denegar la posibilidad del examen de oficio de la validez del pacto por el que las partes decidieron someter a arbitraje sus diferencias, cuando se pedía la ejecución de un laudo.

Si bien es cierto que la discusión planteada dejará de tener cualquier tipo de interés una vez han entrado en vigor las previsiones contenidas en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, vista la nueva redacción que la misma da, entre otros preceptos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al art. 31.4 de la misma, no obstante entendemos que nuestro criterio debe ser modificado, y ello teniendo en cuenta, por una parte, el ámbito de la defensa de los consumidores y usuarios en la Unión Europea, al amparo de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, y, por otra parte, la interpretación y evolución en el ámbito de la protección de los consumidores que se ha venido observando, conforme a dicha normativa, en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En efecto, sobre la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto a los profesionales, tanto en lo referido a la capacidad de negociación, como en cuanto al nivel de información del mismo, lo que le lleva a adherirse a condiciones redactadas de antemano por el profesional sin

poder influir en su contenido, el Tribunal de Justicia ha venido manteniendo que esta situación de desequilibrio sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes en litigio, considerando el Tribunal que un medio idóneo para impedir que un consumidor quede vinculado por una cláusula abusiva es que el Juez nacional pueda examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, conforme se mantuvo por él mismo en la sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores C-240/98 a C-244/98, así como en la sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis C-473/00, indicándose en estas resoluciones que esta facultad del Juez (de apreciación de oficio de una cláusula abusiva) es necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva de sus derechos, teniendo en cuenta que éste en ocasiones puede desconocer los mismos, o puede que encuentre dificultades para ejercerlos.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia en sentencia de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, en petición de decisión prejudicial planteada por esta misma Sala de la Audiencia Provincial a aquél, referida a si era posible la apreciación de oficio por el órgano judicial que conoce de un recurso de anulación de un laudo arbitral, del carácter abusivo de la cláusula en la que se convino aquél, aun cuando no hubiera sido alegada tal cuestión en el procedimiento arbitral, indicó que las previsiones del art. 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE al establecer que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional no vinculan al consumidor, lo que trata es de establecer un equilibrio real entre las partes en un contrato, tomando esencialmente en consideración la inferioridad en que se encuentra una de ellas, siendo la naturaleza e importancia del interés público en que se basa la protección otorgada por la Directiva a los consumidores, la que justifica que el Juez pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, para subsanar el desequilibrio existente entre consumidor y profesional, siendo por ello que determinó que un órgano jurisdiccional que conociera de un recurso de anulación de un laudo arbitral, podía apreciar de oficio la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estimara que dicho convenio arbitral contenía cláusula abusiva, y ello aún cuando el consumidor no hubiera alegado tal cuestión en el procedimiento arbitral.» El mismo criterio se aplica ante la solicitud de ejecución del laudo.

Concepto de consumidor

– AAP Madrid (Sección 21) de 12 de junio de 2007 (JUR 2007/259019). Ponente: Ramón Belo González. Se desestima la posibilidad de declarar la nulidad por abusiva de la cláusula de sumisión expresa a los tribunales de una determinada localidad por ser la parte a quien beneficiaría tal declaración una persona jurídica y quedar, por tanto, al margen del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CE y no serle de aplicación, en el sentir del Tribunal, la jurisprudencia del TJCE relativa a la posibilidad de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados con consumidores. El razonamiento se encuentra en el FJ 3.º: «Es de reseñar que, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se sostiene, en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo, del Pleno de 27 de junio de 2000 en los asuntos C-240/1998, C-241/1998, C-242/1998, C-243/1998 y C-244/1998 acumulados, de la Sala Quinta de 21 de noviem-

bre de 2002 en el asunto C-473/2000 y de la Sala Primera de 26 de octubre de 2006 en el asunto C-168/2005 que el juez nacional debe apreciar “de oficio” el carácter abusivo de una cláusula contractual (aunque no fuera ni invocado el carácter abusivo por el demandado) para, de ese modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

Pero esa doctrina jurisprudencial europea no es de aplicación al presente caso, pues la Directiva excluye del concepto de consumidor a las personas jurídicas (así se dice en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo de 22 de noviembre de 2001 en los asuntos acumulados C-541/1999, C-542/1999) y aunque la Directiva es de mínimos, ello lo es a los efectos de los derechos que concede (pueden concederse más en los Derechos nacionales) pero no respecto de su ámbito de aplicación (quedan fuera de la Directiva las personas jurídicas). - En el presente caso nos encontramos ante una persona jurídica que, a los efectos de la Directiva, no es consumidor, por lo que no le es de aplicación la doctrina jurisprudencial europea reseñada.»

Defensa de la competencia

– SAP Valencia (Sección 9) de 16 de mayo de 2007 (TOL1.133.284). Ponente: Gonzalo Caruana Font de Mora. De conformidad con la doctrina sentada por el TJCE en su sentencia de 27 septiembre de 1988 (caso Wood Pulp), se estima que no es óbice a la aplicabilidad de la Ley de Competencia Desleal el hecho de que la demandada no tenga domicilio en España; lo que importa es que el lugar de puesta en práctica del acto comercial, que en este caso es el mercado español (FJ 3.º).

Propiedad industrial

– SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 28 de junio de 2007 (TOL1.143.563). Ponente: Ignacio Sancho Gargallo. Se recuerda la jurisprudencia nacional, receptora de la emanada del TJCE, respecto del concepto de «riesgo de confusión» entre distintas marcas. FJ 4.º: «Como recuerda la STS de 10 de mayo de 2004, y esta misma sala en la sentencia de 27 de mayo de 2005, con la entrada en vigor de la Primera Directiva del Consejo (89/104/CEE, de 21 de diciembre de 1988), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, el concepto de riesgo de confusión ha pasado a ser un concepto de Derecho Comunitario. Se trata, por tanto, de un concepto normado para cuya apreciación han sido marcadas por el TJCE diversas pautas [entre otras, SSTJCE 11 de noviembre de 1997 (Sabel c. Puma); 28 de septiembre de 1998 (Canon c. MGM) y 22 de junio de 1999 (Lloyd c. Klijsen)], señalando ante todo que el riesgo de confusión comprende el riesgo de asociación (art. 4.1.b de la Directiva 89/104/CEE), esto es, la suposición equivocada de que el producto procede de empresas que, si bien son diferentes, pertenecen a una misma estructura u organización global común, o están vinculadas por algún tipo de concierto jurídico o económico. Esta doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades puede sintetizarse, según exponíamos en la sentencia de 27 de mayo de 2005, en los siguientes puntos: a) el riesgo de confusión (en el sentido del art. 4.1.b y art. 5.1.b de la DM), que constituye la condición específica de la protección, existe cuando el público puede creer que los productos o servicios proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas económicamente; b) la exis-

tencia del riesgo de confusión debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores del caso concreto que sean pertinentes; depende, en particular, del conocimiento de la marca en el mercado, de la asociación que puede hacerse de ella con el signo utilizado o solicitado (léase “registrado”), del grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios designados; *c*) en la valoración global de tales factores ha de buscarse un cierto nivel de compensación, dada la interdependencia entre los mismos, y en particular entre la similitud de las marcas y la existente entre los productos o los servicios designados. Así, un bajo grado de similitud entre los productos o los servicios designados puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre las marcas, y a la inversa; *d*) las marcas que tienen un elevado carácter distintivo, bien intrínseco, o bien gracias a lo conocidas que son en el mercado, disfrutan de una mayor protección que las marcas cuyo carácter distintivo es menor. Es decir, las marcas notorias y las renombradas deben gozar de una protección reforzada; *e*) al valorar el grado de semejanza entre las marcas se ha de atender no sólo a la similitud fonética entre los signos, también a la semejanza gráfica y conceptual, y su apreciación ha de basarse en la impresión de conjunto producida por éstas, teniendo en cuenta, en particular, sus elementos distintivos y dominantes, pues el consumidor medio normalmente percibe una marca como un todo, cuyos diferentes detalles no se detiene a examinar.» En el fundamento de derecho quinto se comparan en concreto las dos marcas en liza.