



Roj: **SAP B 74/2019 - ECLI: ES:APB:2019:74**

Id Cendoj: **08019370042019100002**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **15/01/2019**

Nº de Recurso: **185/2018**

Nº de Resolución: **10/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIREIA RIOS ENRICH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, pl. 1 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 935672160

FAX: 935672169

EMAIL:aps4.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168018037

Recurso de apelación 185/2018 -E

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 55 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 129/2016

Parte recurrente/Solicitante: SUBROGALIA S.L.

Procurador/a: Ernesto Huguet Fornaguera

Abogado/a: Manuel Dopazo Zorelle

Parte recurrida: Severino , Sixto , Teofilo , Urbano

Procurador/a: Angel Joaniquet Tamburini

Abogado/a: JOANA MARIN FONSECA

SENTENCIA N° 10/2019

Magistrados:

Vicente Conca Perez

Jordi Lluís Forgas Folch

Mireia Rios Enrich

Barcelona, 15 de enero de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 13 de febrero de 2018 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 129/2016 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 55 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador d. Ernesto Huguet Fornaguera, en nombre y representación de SUBROGALIA S.L. contra Sentencia - 24/10/2017 y en el que consta como parte apelada el Procurador D. Angel Joaniquet Tamburini, en nombre y representación de D. Severino ,D. Sixto , D. Teofilo y D. Urbano .



Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"DECISIÓ: Que estimant substancialment la demanda presentada pel Sr. Teofilo i el Sr. Sixto , d'una part, i el Sr. Urbano i el Sr. Severino , d'una altra, representants per part del Procurador dels Tribunals Sr. Angel Joaniquet Tamburini contra l'entitat "SUBROGALIA S.L." representada per part del Procurador dels Tribunals Sr. Ernest Huguet Fornaguera, he de DECLARAR I DECLARO resolts el contractes subscrits per part del Sr. Teofilo i el Sr. Sixto , en data 9 de Desembre de 2014 i pel Sr. Urbano i el Sr. Severino , en data 6 de Març de 2015, amb l'entitat "SUBROGALIA S.L.", en relació a un procés de gestació subrogada, i he de CONDEMNAR I CONDEMNO a aquesta entitat a satisfer al Sr. Teofilo i al Sr. Sixto la suma de 36.167,01 Euros, i al Sr. Urbano i al Sr. Severino l'import de 52.241,4 Euros; quanties que meritaran l'interès legal del diners increment en dos punts des de la data d'aquesta sentència fins al seu total pagament.

I tot això, amb expressa imposició de les costes processals causades a la part demandada."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada D^a Mireia Rios Enrich .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Posiciones de las partes, decisión de la juez y recurso.

DON Sixto , DON Teofilo , DON Urbano y DON Severino presentan demanda de juicio ordinario contra la sociedad SUBROGALIA S.L. en la que solicitan que, previos los trámites legales pertinentes, se dicte sentencia:

1º.- Declarando:

Primero.- Que se declare que la sociedad demandada ha incumplido totalmente y sustancialmente el contrato con obligación de resultado (por no cumplir con las obligaciones previstas en dichos contratos, ni en cuanto al precio ni en cuanto al resto de las obligaciones), contratos celebrados con los SRES. Sixto Teofilo , de una parte, y SRES. Urbano Severino , a indemnizar a los demandantes en la suma de 102.428,01 euros, por el incumplimiento contractual y los daños y perjuicios producidos por éstos.

Segundo.- Que, como consecuencia de la precedente declaración, se decrete la resolución del contrato entre los actores y la sociedad demandada y, como efectos inherentes a dicha resolución, en concepto de daños y perjuicios causados a la parte actora, se declare:

A) La obligación de la sociedad demandada de abonar a los SRES. Sixto Teofilo , la suma de 42.549,43 euros y a los SRES. Urbano Severino , la suma de 59.878,58 euros, en junto, 102.428,01 euros.

B) Que como consecuencia del incumplimiento de la demandada, del exceso de pago, y gastos extraordinarios abonados por parte de los demandados, éstos no adeudan cantidad alguna a la sociedad demandada.

2º.- Condenando:

Primero.- A la sociedad demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y, en consecuencia, a pagar a los actores las cantidades que el juzgador estime pertinentes como consecuencia de las precedentes peticiones declarativas, con más los intereses legales procedentes a contar desde la fecha de interposición de la demanda.

Segundo.- A la sociedad demandada, al pago de todas las costas causadas y que se causen en el procedimiento.

La mercantil SUBROGALIA S.L. se opone a la demanda presentada alegando que en ambos casos se trata de un contrato de servicios de asesoramiento en materia de gestación subrogada y no de un contrato de obra, que no existe precio cierto y determinado, y que los demandantes, en ambos casos, incumplieron el contrato, por lo que no procede devolución alguna.

La sentencia de primera instancia estima sustancialmente la demanda presentada por DON Teofilo y DON Sixto , de una parte y DON Urbano y DON Severino , contra SUBROGALIA, S.L., declara resueltos los contratos suscritos por DON Teofilo y DON Sixto , en fecha 9 de diciembre de 2014 y por DON Urbano y DON Severino , en fecha 6 de marzo de 2015, con SUBROGALIA, S.L., en relación a un proceso de gestación subrogada, y condena a esta entidad a abonar a DON Teofilo y a DON Sixto la suma de 36.167,01 euros, y a DON Urbano y DON Severino el importe de 52.241,4 euros; cantidades que devengarán el interés legal del dinero desde el día



1 de febrero de 2016 hasta al día de la sentencia de primera instancia y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta su total pago.

Frente a dicha resolución, la representación procesal de SUBROGALIA, S.L. interpone recurso de apelación en el que alega, en síntesis:

Primera.- Naturaleza de los contratos con SUBROGALIA S.L.

Se trata de un mero contrato de servicios de asesoramiento en materia de gestación subrogada y no de un contrato de obra tal y como se insinúa en el fundamento de derecho primero de la sentencia impugnada.

No resulta ajustado a derecho que se afirme que ha existido falta de asesoramiento en el proceso por parte de SUBROGALIA S.L. cuando al mismo tiempo se reconoce la asignación de un gestor personal de expediente y un servicio informático de información continuada. Se confunde la falta de asesoramiento con la asignación de un abogado específico.

El cambio de gestor en la tramitación del expediente no es incumplimiento contractual y menos en un proceso que dura más de 18 meses, y más cuando en todo momento el cliente es informado a través del programa FOLLOW ME, programa que los demandantes han olvidado maliciosamente citar en su demanda para conocer en todo momento el estado de su expediente.

Se afirma que SUBROGALIA S.L. carece de abogados cuando resulta que se acompañó, señalado de documento número 2 al escrito de contestación a la demanda, un bloque documental de 51 hojas donde se acompañan, a título ilustrativo, datos de dos de los abogados que asesoran en Barcelona y tres en México, acompañando justificantes de transferencias a estos últimos por sus servicios de asesoramiento en México, al objeto de acreditar su relación contractual con SUBROGALIA S.L.

Dicha prueba documental ha sido infravalorada, así como la testifical del SR. Fulgencio .

En ambos contratos, en particular en el contrato de 19 de diciembre de 2014, se contrata un programa LOW COST, es decir, sin acompañamiento de personal de la demandada ni tampoco abogado en el país de destino.

Los servicios que presta la Agencia Extranjera en el país de destino son contratados mediante contrato directo entre los clientes y la Agencia Extranjera. SUBROGALIA S.L. sugiere una clínica pero es potestad del cliente contratar otras distintas.

Respecto al "egg sharing" también fueron asesorados. En México se practicaba por parte de las clínicas, pero en mayo de 2015 las autoridades lo prohibieron.

Segunda.- Multiplicidad contractual y precio.

Del examen y lectura de ambos contratos se desprende una multiplicidad contractual y la inexistencia de un precio cierto y determinado.

Tercera.- Incumplimiento del contrato por los demandantes.

Los demandantes no han cumplido con sus obligaciones económicas y acuden a la argucia que el contrato es de imposible cumplimiento.

Ambas parejas no han alcanzado la paternidad por no haber cumplido con sus obligaciones económicas en relación con los contratos firmados con SUBROGALIA S.L. y, en particular, con los relativos a los contratos de gestación con las madres gestantes y con el contrato de prestación de servicios médicos, a pesar de que en todos y cada uno de los contratos, se hallan contempladas las numerosas contingencias y costes que acarrea el proceso.

La clínica INSEMER reclama un pago a estos clientes en reiteradas ocasiones, y aunque se le reclaman a los demandantes, éstos hacen caso omiso.

El 15 de septiembre de 2015, la clínica vuelve a solicitar el pago con advertencia de que si no se hace, la gestante quedará liberada.

La madre subrogada decide retirarse del proceso tras el primer embarazo fallido por la falta de pago, por incumplimiento del contrato suscrito entre los demandantes y la madre subrogada en fecha 16 de junio de 2015, por parte de los demandantes.

La gestante se hallaba en su derecho ya que los padres han incumplido sus obligaciones contractuales, lo que conlleva además una indemnización para la madre subrogada de 150.000 pesos.

Y en estos casos, la clínica INSEMER cobra 5.000 euros por la búsqueda de una nueva madre, pero debían pagar previamente los 2.000 euros del Notario, ya que no lo habían pagado aún a pesar de haberse hecho en junio.



No han logrado ser padres y eso es evidente pero porque han desistido "motu proprio" al incumplir el pago.

La sentencia pretende introducir un incumplimiento antecedente de SUBROGALIA S.L., que en nada altera el incumplimiento económico de los demandantes.

Cuarta.- Cambios legislativos en México: los desplazamientos no son un incumplimiento contractual de SUBROGALIA S.L.

Los demandantes tuvieron que viajar a México.

El 15 de enero de 2016 se prohíben los procesos de gestación subrogada a extranjeros pero dicha norma no se aplica con carácter retroactivo, permitiendo a todos los padres que ya tenían firmado un contrato con una madre gestante antes de la entrada en vigor de ésta continuar con el procedimiento.

Por lo que no existe incumplimiento de contrato.

Quinta.- Prestación de servicios de SUBROGALIA S.L. Su cumplimiento.

Los **embriones** viajaron en la tercera semana de julio de 2015, un mes después de conocer el nombre de la madre gestante y contar con la autorización sanitaria; no es imputable a SUBROGALIA S.L. un falso positivo de la prueba de embarazo o embarazo bioquímico que no prosperó.

Por otra parte, los demandantes SRES. Urbano Severino reconocen que el gestor D. Jorge les estuvo advirtiendo que si no pagaban la carencia o reserva perderían a la madre y tendrían que volver a viajar a MÉXICO para firmar con una nueva madre con los retrasos que ello conlleva; y no pagaron haciendo caso omiso, por lo que al final perdieron a la madre gestante por falta de pago.

Por último, se imponen las costas de forma indebida por cuanto la demanda se ha estimado parcialmente, por lo que, en todo caso, procede revocar su imposición.

En base a lo anterior, solicita se dicte sentencia por la que se estime el recurso, con expresa imposición de costas a los demandantes.

La parte demandante no presenta escrito de oposición al recurso de apelación.

SEGUNDO.- Naturaleza de los contratos suscritos por los demandantes con SUBROGALIA S.L.

SUBROGALIA S.L. alega en su recurso que los contratos suscritos con DON Sixto y DON Teofilo , y con DON Urbano y DON Severino , en fechas 19 de diciembre de 2014 y 6 de marzo de 2015, respectivamente, son contratos de servicios de asesoramiento y no contratos de obra.

En relación a la diferenciación entre uno y otro tipo de obligación, en el contrato de obra el contratista asume una obligación de resultado, de modo que la esencia de su prestación no radica en el desempeño de una actividad o una labor en sí misma considerada, propio del arrendamiento de servicios, sino en el resultado producido por la misma, esto es, la ejecución de la obra en los términos pactados.

En el contrato suscrito entre SUBROGALIA S.L., DON Sixto y DON Teofilo en fecha 19 de diciembre de 2014, documento 1 de la demanda, al folio 145, se indica:

" SEPTIMO.- GARANTÍA DE ÉXITO.- LA COMPAÑÍA garantiza el buen fin del contrato, es decir, el nacimiento de al menos un niño/a, comprometiéndose a devolver sus honorarios si no se lograra este fin. Para que la COMPAÑÍA asuma esta garantía es necesario que EL/A/LOS CLIENTE/A/ES hayan seguido en todo momento las instrucciones de LA COMPAÑÍA, y no se hayan negado a continuar con el proceso. Si EL/A/LOS CLIENTE/A/ES se niegan a continuar con el proceso, por cualquier motivo o razón, LA COMPAÑÍA no vendrá obligada a devolver cantidad alguna. Si para la continuación del proceso fuesen necesarias nuevas implantaciones de **embriones**, o donante de óvulos, o cualquier tratamiento médico adicional no incluido en el paquete contratado, el gasto del mismo correrá por cuenta de EL/A/LOS CLIENTE/A/ES, garantizando LA COMPAÑÍA la prestación de sus servicios hasta la consecución del objetivo. Si por el impago de dichos servicios adicionales, no pudiese concluirse favorablemente el contrato, no podrá en ningún caso considerarse incumplimiento de la presente cláusula por parte de LA COMPAÑÍA, dado que será debido exclusivamente al impago total o parcial del programa por parte de EL/A/LOS CLIENTE/A/ES".

En términos parecidos, en el contrato suscrito entre SUBROGALIA S.L., DON Urbano y DON Severino , en fecha 6 de marzo de 2015, documento 2 de la demanda, al folio 205, se dice:

" SEPTIMO.- GARANTÍA DE ÉXITO.- LA COMPAÑÍA garantiza el buen fin del contrato, es decir, el nacimiento de al menos un niño/a, comprometiéndose a devolver sus honorarios si no se lograra este fin. Para que la COMPAÑÍA asuma esta garantía es necesario que EL/A/LOS CLIENTE/A/ES hayan seguido en todo momento las instrucciones de LA COMPAÑÍA, y no se hayan negado a continuar con el proceso. Si EL/A/LOS CLIENTE/A/ES



*A/ES se niegan a continuar con el proceso, por cualquier motivo o razón, LA COMPAÑÍA no vendrá obligada a devolver cantidad alguna. Si para la continuación del proceso fuesen necesarias nuevas implantaciones de **embriones**, o donante de óvulos, o cualquier tratamiento médico adicional no incluido en el paquete contratado, el gasto del mismo correrá por cuenta de EL/A/LOS CLIENTE/A/ES, garantizando LA COMPAÑÍA la prestación de sus servicios hasta la consecución del objetivo. Si por el impago de dichos servicios adicionales, no pudiese concluirse favorablemente el contrato, no podrá en ningún caso considerarse incumplimiento de la presente cláusula por parte de LA COMPAÑÍA, dado que será debido exclusivamente al impago total o parcial del programa por parte de EL/A/LOS CLIENTE/A/ES. Si LA COMPAÑÍA, por cualquier causa o motivo sufragase parte o la totalidad de estos nuevos gastos (que corresponderían normalmente a EL/A/LOS CLIENTE/A/ES) por nuevas implantaciones o cualquier otro gasto necesario, la presente cláusula quedará sin validez, no debiendo reembolsar LA COMPAÑÍA cantidad alguna".*

A la vista de las cláusulas trascritas, no estamos ante un contrato de arrendamiento de servicios, sino ante uno de obra, pues al garantizarse el resultado, el objeto del contrato es el resultado del trabajo, comprometiéndose SUBROGALIA S.L. a devolver los honorarios si no se lograba la gestación deseada y el nacimiento de un niño o niña, salvo que los demandantes se negaran a continuar el proceso o éste quedara interrumpido por falta de pago de las cantidades pactadas o de gastos adicionales que pudieran producirse durante el proceso.

TERCERO.- Contrato suscrito entre SUBROGALIA S.L., DON Sixto y DON Teofilo en fecha 19 de diciembre de 2014. Incumplimiento de SUBROGALIA S.L.

Lo anterior nos lleva a analizar cuál ha sido la parte que ha incumplido los referidos contratos: si está probado el incumplimiento de la demandada y si ello justifica la declaración de resolución de ambos contratos a instancia de los demandantes y la devolución de los honorarios satisfechos, o si por el contrario, fueron los demandantes los que incumplieron sus respectivos contratos.

DON Sixto y DON Teofilo contrataron el 8033 PAQUETE CON DONANTE ÓVULOS 2 IMPLANTACIONES SIN ALOJAMIENTO MADRES, CON DONANTE ESPAÑOLA CONGELADO, con un coste de 59.335 euros.

Se aplicó un bono descuento de 5.000 euros y un sorteo de generación de **embriones** INVITRA 2014, por lo que el total pendiente a pagar era de 52.865 euros, con el siguiente calendario de pagos:

Paga y señal a la firma del contrato (18 de diciembre de 2014): 9.000 euros.

Primer pago (durante 2015): 21.595 euros.

A la firma del contrato: 9.950 euros.

A la confirmación del embarazo 6.160 euros

En el primer día del tercer trimestre: 6.160 euros.

El 8033 PAQUETE CON DONANTE ÓVULOS 2 IMPLANTACIONES SIN ALOJAMIENTO MADRES, CON DONANTE ESPAÑOLA CONGELADO, con un coste de 59.335 euros, incluía:

Dos transferencias embrionarias IFVC

Una donadora de óvulos de la cartera de donadoras.

La congelación por seis meses y espermiograma.

Medicamentos, transporte, seguimiento de la madre subrogada y laboratorio.

Transporte de los padres -conserje- y traductor.

Serología de los padres donadora y subrogada.

Suplemento vitaminas, monitoreo médico, laboratorio, ultrasonidos, transporte y supervisión.

Pago a la agencia.

Gastos de parto en clínica privada hasta 22.000 pesos mejicanos.

DON Sixto y DON Teofilo efectuaron los siguientes pagos:

9.000 euros, el día 18 de diciembre de 2014, documento 15, al folio 527.

21.595 euros, en fecha 13 de enero de 2015, documento 15, al folio 537.

9.950 el día 10 de junio de 2015, documento 15, al folio 531.



En total, DON Sixto y DON Teofilo abonaron a SUBROGALIA S.L. la cifra de 40.545 euros, como se corrobora, asimismo, con la liquidación efectuada por el Director del Departamento Jurídico de SUBROGALIA S.L. aportado como documento número 13, al folio 457.

Además, pagaron la suma de 124,70 euros al Instituto IEGRA TRES TORRES, por analíticas médicas en los Laboratorios Bellido, documento 16 al folio 543, la cantidad de 1.537,84 euros por billetes de avión por el viaje realizado a MÉXICO en fechas del 11 al 17 de junio de 2015, documento 17, a los folios 547 y 549, y la cantidad de 341,89 euros en concepto de alojamiento, documento 17, al folio 551.

Lo anterior hace un total de 42.549,43 euros.

Por lo tanto, DON Sixto y DON Teofilo abonaron las cantidades correspondientes a la paga y señal, 9.000 euros, el primer pago de 21.595 euros, y a la firma del contrato, la suma de 9.950 euros.

Conforme a lo pactado con SUBROGALIA S.L., faltaba por pagar la cantidad de 6.160 euros, a la confirmación del embarazo, y otros 6.160 euros, en el primer día del tercer trimestre.

Por consiguiente, debían efectuar el siguiente pago de 6.160 euros a la confirmación del embarazo y el último, de 6.160 euros, en el primer día del tercer trimestre.

En este caso, los **embriones** creados en el INSTITUTO IEGRA TRES TORRES de BARCELONA con material genético de DON Teofilo fueron recibidos en la Clínica INSEMER de MÉXICO.

El día 11 de agosto de 2015 se desvitrificaron dos **embriones** y fueron transferidos a la madre gestante sobreviviendo al 100% (al folio 395).

En fecha 27 de agosto de 2015, se comunica a los SRES. Sixto Teofilo que el test de embarazo ha dado un resultado positivo, documento 14 (4) al folio 469.

El día 9 de septiembre de 2015 se les informa que el embarazo no ha prosperado y se les indica que, tras haber tenido en principio un test positivo, hay más posibilidades de éxito para la implantación y futura gestación, documento 14 (5), al folio 473.

El día 13 de octubre de 2015 se comunica a los SRES. Sixto Teofilo que la gestante ha decidido retirarse de programa por motivos personales, que es necesario continuar el proceso con una nueva gestante, que de acuerdo con la situación jurídica actual de MÉXICO, es imprescindible volver a viajar a MÉXICO para firmar un nuevo contrato en VILLAHERMOSA, TABASCO, y que de acuerdo con las condiciones de la agencia, ello implicará el pago de un nuevo programa, a parte de un adeudo por el intento anterior que actualmente hay en favor de la clínica, al folio 485.

Pues bien, los servicios contratados y el precio pactado hasta la confirmación del embarazo, conforme al 8033 PAQUETE CON DONANTE ÓVULOS 2 IMPLANTACIONES SIN ALOJAMIENTO MADRES, CON DONANTE ESPAÑOLA CONGELADO, incluían dos transferencias embrionarias IFVC, que no se realizaron, sino sólo una de ellas con resultado negativo.

Asimismo, en el precio pactado se incluían los pagos a la agencia extranjera, al folio 179.

Y, como expone la juzgadora de primera instancia, no existe prueba suficiente de la retirada voluntaria de la gestante.

Al contrario, del documento 45, al folio 1.205, no impugnado en el acto de la audiencia previa, consistente en la transcripción de una conversación de WhatsApp de fecha 9 de julio de 2016, entre la madre gestante y DON Teofilo, se desprende que ella no se retiró del proceso sino que quedó embarazada, sufrió un aborto espontáneo al poco tiempo, que la empresa le dijo que el esperma de los demandantes era de baja calidad y que se habían negado a la segunda oportunidad.

Pero es que, aun cuando ello fuera sí, es decir, aun en el caso de que la madre gestante se hubiera negado a continuar el proceso tras la pérdida del primer embarazo, en el ANEXO I al contrato, POSIBLES INCIDENCIAS Y SOLUCIONES DURANTE UN PROCESO DE GESTACIÓN SUBROGADA, se indica, en el párrafo segundo, *SELECCIÓN DE MADRES SUBROGADAS Y DE DONANTES DE ÓVULOS, " Podría suceder, aunque sucede en pocas ocasiones, que habiendo dado su acuerdo para ser madre subrogada, o donante de óvulos, llegada la hora de la verdad, esta persona cambiase de opinión negándose a participar en el programa. En ese caso la agencia asignará una nueva madre o donante de óvulos al/los padre/s comitente/s, para seguir con el proceso"*.

Y lo mismo en caso de aborto espontáneo.

En el ANEXO I al contrato, POSIBLES INCIDENCIAS Y SOLUCIONES DURANTE UN PROCESO DE GESTACIÓN SUBROGADA, se indica, en el párrafo tercero:



" Puede darse el caso de que se produzca un aborto espontáneo durante el embarazo. En este caso, se procederá a cambiar de madre subrogada (indemnizándola con una pequeña indemnización) y se procederá a realizar una nueva implantación en la nueva subrogada".

Por lo tanto, de acuerdo con lo pactado, en ambos supuestos, tanto en el caso de abandono voluntario de la madre gestante como en el caso de aborto espontáneo, debía asignarse una nueva madre subrogada.

En el presente supuesto, no existe incumplimiento alguno por parte de DON Sixto y DON Teofilo . Estos actores, a fecha 10 de junio de 2015, habían pagado a SUBROGALIA S.L., la cantidad de 40.545 euros, y no debían efectuar el cuarto pago, de 6.160 euros, hasta la confirmación del embarazo.

El día 18 de septiembre de 2015, documento 14 bis (7) al folio 517 y 518, se les adjunta una factura de la clínica de TABASCO, por importe de 2.000 dólares, en concepto de gastos notariales.

Por correo electrónico de 24 de noviembre de 2015, SUBROGALIA S.L. reclama a los SRES. Sixto Teofilo las cantidades de 5.000 y de 800 dólares, en concepto de pagos pendientes a INSEMER, al folio 1.053.

Alega la parte apelante que DON Sixto y DON Teofilo no alcanzaron la paternidad porque, tras el abandono de la madre subrogada tras el primer embarazo fallido, los demandantes se negaron a efectuar un pago de 5.000 euros a la Clínica INSEMER para la búsqueda de una nueva madre así como la cantidad de 2.000 dólares por gastos notariales.

Pero si analizamos el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS suscrito entre DON Teofilo y la clínica PROVEEDOR DE SERVICIOS GINECOLÓGICOS Y DE MATERNIDAD, documento 7 de la demanda, al folio 337, no consta pactado que tuvieran pagar 5.000 euros a la Clínica INSEMER para la búsqueda de una nueva madre ni la cantidad de 2.000 dólares por el concepto de gastos notariales.

Se habla de un Anexo (al folio 343) que no consta en autos.

Y examinado el contrato con la madre gestante, de fecha 15 de junio de 2015, éste tiene una finalidad altruista.

Como hemos dicho, el 8033 PAQUETE CON DONANTE ÓVULOS 2 IMPLANTACIONES SIN ALOJAMIENTO MADRES, CON DONANTE ESPAÑOLA CONGELADO, incluía dos transferencias embrionarias IFVC y se hallaban incluidos los pagos a la agencia.

DON Sixto y DON Teofilo , a fecha 10 de junio de 2015, habían realizado los tres primeros pagos por un importe total de 40.545 euros y no debían realizar el cuarto pago de 6.160 euros hasta la confirmación del embarazo.

SUBROGALIA S.L. se comprometió a la devolución de sus honorarios si no se lograba el objetivo pactado, salvo en el caso de que éste no se consiguiera por abandono voluntario de los contratantes, lo que no ha sucedido.

Por ello, procede confirmar la resolución recurrida en cuanto declara la resolución del contrato de fecha 19 de diciembre de 2014 por incumplimiento grave de la demandada.

CUARTO.- Contrato suscrito entre SUBROGALIA S.L., DON Urbano y DON Severino , en fecha 6 de marzo de 2015 . Incumplimiento de SUBROGALIA S.L.

DON Urbano y DON Severino suscribieron, en fecha 6 de marzo de 2015, un PAQUETE PREMIUM, por un importe total de 73.215 euros con el siguiente calendario de pagos, al folio 283:

Primera visita transferencia 13 de enero de 2015: 302,50 euros.

Total pendiente. 72.912,50 euros.

A la firma del contrato: 49.762 euros.

A la firma del contrato en MÉXICO: 10.344 euros.

A la confirmación del embarazo 6.403 euros

Primer día del tercer trimestre de gestación: 6.403 euros.

Dicho programa 8034 PAQUETE CON DONANTE ÓVULOS DOS IMPLANTACIONES SIN ALOJAMIENTO MADRES, CON DONANTE ESPAÑOLA CONGELADO, al folio 249, incluía:

Dos transferencias embrionarias IFVC

Una donadora de óvulos de la cartera de donadoras.

La congelación por seis meses y espermiograma.

Medicamentos, transporte, seguimiento de la madre subrogada y laboratorio.

Transporte de los padres -conserje- y traductor.

Serología de los padres donadora y subrogada.

Suplemento vitaminas, monitoreo médico, laboratorio, ultrasonidos, transporte y supervisión.

Pago a la agencia.

Gastos de parto en clínica privada hasta 22.000 pesos mejicanos.

Abogado español en México para asesoramiento previo a contratos y acompañamiento al Consulado para inscripción del niño.

Acompañamiento en los dos viajes de un responsable de SUBROGALIA a México.

DON Urbano y DON Severino realizaron los siguientes pagos:

Cantidad entregada a SUBROGALIA S.L.: 49.762,50 euros, documento 28, al folio 863.

Análisis Instituto IEGRA: 302,50 euros.

Gastos viaje a MÉXICO: 2.176,08 euros.

Con un total de 52.241,08 euros.

Insiste la parte apelante en que los actores no han cumplido con sus obligaciones económicas, que el contrato se ha frustrado porque no han cumplido con los pagos pactados en el contrato firmado con SUBROGALIA S.L. y, en particular, en el contrato de gestación con las madres gestantes y en el contrato de prestación de servicios médicos, a pesar de que, en todos y cada uno de los contratos, se hallan contempladas las numerosas contingencias y costes que acarrea el proceso.

Argumenta que el gestor DON Jorge les estuvo advirtiendo que si no pagaban la carencia o reserva perderían a la madre gestante y tendrían que volver a viajar a MÉXICO para firmar con una nueva madre subrogada, con los retrasos que ello conlleva; y que no pagaron haciendo caso omiso, por lo que al final perdieron a la madre gestante por falta de pago.

Ahora bien, ha quedado probado que DON Urbano y DON Severino el día 11 de marzo de 2015 pagaron a SUBROGALIA S.L.: 49.762,50 euros, documento 28, al folio 863.

En fecha 20 de julio de 2015, se les comunica la creación de once **embriones** en el INSTITUTO IEGRA TRES TORRES, con material genético de DON Severino, documento 27 (13), al folio 767.

Por correo electrónico de 28 de agosto de 2015 se les indica que el envío de **embriones** se realizará a mediados de septiembre de 2015 y que en "La Cigüeña del Bebé" les reclaman un pago de 2.000 dólares.

DON Urbano y DON Severino viajan a MEXICO, firmando un contrato de gestación sustituta con la madre gestante en fecha 14 de septiembre de 2015.

Por correo electrónico de 25 de septiembre de 2015, se les informa que el envío de **embriones** se ha paralizado por lo sucedido en un envío anterior, en el que hubo una manipulación, por lo que se está tratando de cambiar de compañía o de hacerlo con personal propio de IEGRA, documento 27 (18), al folio 791.

El día 29 de octubre de 2015, se les reclama un pago de 700 dólares para que la madre gestante " *quede bloqueada*" y se les informa que no se sabe cuándo llegarán los **embriones**, documento 27 (20), al folio 797.

El día 4 de noviembre de 2015 se les vuelve a reclamar el pago de 700 dólares para mantener bloqueada a la madre subrogada, documento 27 (21), al folio 821.

En fecha 10 de noviembre de 2015, DON Gumersindo remite un correo electrónico a DON Urbano en el que le expone que lo más adecuado es no asignar una madre gestante hasta que no estén en MÉXICO los **embriones**, que es innecesario pagar 750 dólares al mes por este concepto, que es recomendable realizar la fecundación in vitro en BARCELONA, que están negociando el envío de **embriones** con varias compañías de COURIER, que incluso se están planteando hacer el envío ellos mismos, les comunica que sus **embriones** están en perfecto estado, y reitera que se consigue el objetivo en el 100% de los casos, documento 27 (22) al folio 827.

El día 1 de diciembre de 2015, el gestor de SUBROGALIA S.L. comunica a DON Urbano que no puede determinar la fecha en la que saldrán los **embriones** destino MÉXICO, que sus **embriones** están en perfecto estado, le ofrece la posibilidad de cambiar de programa (paquete) creando los **embriones** con donante mejicana, con un nuevo coste de 52.000 dólares, le reclama "la carencia" de la madre subrogada y le advierte que en cuanto se deje de pagar, la madre abandonará el proceso y deberán viajar de nuevo para firmar de nuevo con el consiguiente coste de viajes y notarios, documento 27 (24 y 25), a los folios 843 y 849.



El día 2 de diciembre de 2015, al folio 853, el gestor de SUBROGALIA S.L. reitera que el importe a pagar sería de 52.000 dólares si se pierde a la madre y que si se conserva a la madre, de este precio habría que deducir 5.000 dólares.

Se reitera el pago de la carencia del mes de diciembre de 2015.

El día 7 de diciembre de 2015 se remite un nuevo correo en el mismo sentido: se insiste que si se pierde a la madre subrogada deberá hacerse un nuevo pago de 52.000 dólares, que para no perder a la madre subrogada hay que mantener la carencia al corriente de pago hasta que se pueda hacer la transferencia de **embriones**, que si se hiciera la donación "in situ" se negociaría con IEGRA el posible abono del envío de **embriones** ya que al cambiar de paquete este envío no se realizaría, pero que habría que sumar los costes de un nuevo viaje para la donación in situ y 2.000 dólares de la Notaría, documento 27 (27), al folio 859.

En fecha 21 de diciembre de 2015, al folio 1.082, el gestor de SUBROGALIA S.L. comunica a los SRES. Urbano Severino que si no se paga la carencia del mes de diciembre la madre subrogada abandonará el programa.

Finalmente, el día 23 de diciembre de 2015 se les informa que la madre subrogada ha decidido abandonar el programa por incumplimiento de pago, por lo que su programa ha quedado cancelado por ese incumplimiento.

Se les comunica que, dada la situación legal que se ha planteado en TABASCO, no hay posibilidad de continuar el programa en MÉXICO, que la única posibilidad viable sería la de emprender el proceso en USA con un precio de salida de 170.000 dólares, sin que se trate de un precio cerrado.

El mismo día 23 de diciembre de 2015, SUBROGALIA S.L. les reclama otro pago de 6.511,98 euros.

Ha quedado acreditado que los **embriones** creados con material genético de DON Severino y de una donante anónima no llegaron a viajar a MÉXICO por la imposibilidad de transporte de dicho material genético, documento 27 (22), al folio 827.

Consecuentemente, como señala la sentencia de primera instancia ningún incumplimiento cabe imputar a los demandantes y sí a la demandada que, tras haber cobrado de DON Urbano y DON Severino la cantidad de 49.762,50 euros, documento 28, al folio 863, no llegó a enviar los **embriones** a MÉXICO por problemas sólo imputables a la propia demandada.

Se les ofrece continuar con el programa realizando una nueva fecundación "in vitro" en MEXICO con una donante mejicana y con un coste de otros 52.000 dólares o iniciar el proceso en Estados Unidos con un precio de salida de 170.000 dólares, sin que se trate de un precio cerrado.

Se presiona a los demandantes insistiendo en el pago de 700 dólares (709,06 euros) en concepto de carencia para que la madre gestante no se retire del proceso.

Examinado el contrato con la madre gestante, de fecha 14 de septiembre de 2015, al folio 801, éste tiene una finalidad altruista y no se pacta pago alguno a la madre subrogada, salvo una indemnización de 150.000 pesos en caso de incumplimiento del contrato forzoso por parte del padre legal.

Explica la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda que en MÉXICO las madres subrogadas no están cubiertas por la SEGURIDAD SOCIAL por lo que, tanto el parto como los problemas que puedan surgir corren a cargo de los padres, y que con el fin de evitar ese riesgo, se contrata con AXA un seguro que cubre dichos gastos pero tiene un periodo de carencia de diez meses, durante los cuales la madre asegurada no queda cubierta; y que por ello, si se desea que la madre quede cubierta a partir del sexto mes de embarazo, se la asegura cuatro meses antes de la implantación y que estos son los cuatro meses de carencia que tiene que satisfacer el cliente durante los cuales paga a la madre 700 dólares.

Los SRES. Urbano Severino pagaron la carencia de octubre y noviembre de 2015, sin que los **embriones** hubieran viajado a MÉXICO y sin que hubiera fecha prevista para la implantación.

Por lo tanto, no incurrieron en incumplimiento alguno ante la incerteza de que la implantación en la madre gestante con la que habían contratado fuera realmente a producirse.

Como señala la juzgadora de primera instancia dicho posible incumplimiento contractual imputable a los actores respondía a un previo incumplimiento de la entidad SUBROGALIA S.L. por la falta de envío de los **embriones** a MÉXICO.

En definitiva, al no haberse acreditado el incumplimiento de los demandantes y sí el de la demandada, debemos desestimar el recurso y confirmar, en este punto, la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia.

QUINTO.- Costas de la primera instancia.



Los SRES. Sixto Teofilo , solicitaban en su demanda la condena al pago de la cantidad de 42.549,43 euros y se condena al pago de la suma de 36.167,01 euros.

Los SRES. Urbano Severino , interesaban en su demanda el pago de la cuantía de 59.878,58 euros, y se condena al pago de 52.241,40 euros.

En total, en la demanda se reclamaba la cuantía de 102.428,01 euros y se condena al pago de la cifra total de 88.408,41 euros.

El criterio que viene rigiendo la imposición de costas responde al principio del vencimiento objetivo, pero se ha visto complementado - SSTS de 5 de junio y 15 de junio de 2007-, con la denominada doctrina de la "estimación sustancial " de la demanda, que se puede sintetizar en la existencia de un "cuasi vencimiento", por operar únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido, doctrina que en la práctica es de especial utilidad en los supuestos en que se ejercitan acciones resarcitorias de daños y perjuicios en los que la fijación del "quantum" es de difícil concreción y gran relatividad, o en supuestos en los que la cantidad objeto de condena es menor que la pedida en un porcentaje pequeño, en general, inferior a un 10%, lo que no se cumple en el presente supuesto, donde entre ambas cantidades, la pedida (102.428,01 euros) y la concedida (88.408,41 euros), existe una diferencia superior a dicho porcentaje, concretamente un 15 %.

Se trata de un porcentaje que no llega a los que han sido considerados por el Tribunal Supremo para calificar de estimación sustancial e imponer las costas a la parte demandada, si tenemos en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2003, considera estimación sustancial en un caso en el que se desestima la demanda en una mínima cantidad, que supone poco más del 1,5% de lo reclamado, mientras que en otras sentencias, como en la de 18 de diciembre de 2000, no se califica de sustancial una reducción cuantitativa equivalente al 12,5% (pedidos 16 millones de pesetas se conceden 14 millones de pesetas, exponiendo el Tribunal Supremo que se produce una importante diferencia económica, de dos millones de pesetas, entre la suma peticionada y la que es objeto de condena), ni en la sentencia de 29 de noviembre de 2002, al existir una diferencia cercana al 10% (se pedían en la demanda 51.797.282 pesetas y se condena en la sentencia al pago de 45.141.102 pesetas).

En base a la doctrina expuesta, en el presente caso, al ser parcial la estimación de la demanda, de acuerdo con lo establecido en el artículo 394.2 de la L.E.C., no procede hacer expresa imposición de las costas de la primera instancia.

SEXTO.- Costas del recurso.

Al estimar en parte el recurso, no procede hacer expresa imposición de las costas de la segunda instancia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.2 de la L.E.C.

Vistos los artículos citados, así como los de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de SUBROGALIA S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 55 de BARCELONA, en los autos de Procedimiento Ordinario número 129/2016, de fecha 24 de octubre de 2017, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE** dicha sentencia, en el particular relativo a la condena en costas contenida en la misma y, en su lugar, no se hace expresa imposición de las costas de la primera instancia.

Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas de este recurso.

Devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir en apelación Esta resolución es susceptible de recurso extraordinario de infracción procesal y de recurso de casación por interés casacional, mediante escrito presentado ante este Tribunal en el plazo de veinte días desde su notificación, siempre que concurren los requisitos legales para su admisión, de acuerdo con la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese, y firme que sea esta resolución devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

Lo acordamos y firmamos.