



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2875

Madrid, martes 28 de septiembre de 2010



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/102664

TS Sala 3ª, Sección 3, Sentencia 7 junio 2010. Ponente: Dª Mª Isabel Perelló Domenech

### Denominación específica coincidente con una marca ya inscrita

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de Madrid que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas, que al estimar el recurso de alzada, finalmente denegó la concesión de la marca nacional "Tibco" en las tres clases solicitadas 9, 41 y 42, por considerar su incompatibilidad con la marca oponente "Tibc Tarjeta Inteligente de Bancos y Cajas". La Sala mantiene la valoración efectuada por el órgano "a quo" al no resultar irracional o arbitraria, asimismo indica que de los razonamientos efectuados en la sentencia se desprende que aplica con acierto el principio de especialidad llegando a una conclusión acertada, pues es innegable que los "programas de ordenador, hardware y bases de datos" pertenecientes a la clase 9 del Nomenclátor Internacional, los cursos sobre programas de ordenador en la clase 41 y los servicios de desarrollo de programas de ordenador y creación de bases de datos y seguimiento de redes reivindicados en la clase 42, aún perteneciendo a diferentes clases, guardan una directa relación aplicativa con los "equipos para el tratamiento de la información" protegidos por la marca oponente, y todos ellos pueden ser encuadrados en el sector de los ordenadores, considerado éste, desde un punto de vista amplio.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Segunda, con fecha 19 de febrero de 2009, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Tibco Software, Inc" contra la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas que en alzada, deniega la inscripción de la marca número 2.617.002 "Tibco" en clases 9, 41 y 42, para la protección de: "programas de ordenador, hardware y bases de datos" pertenecientes a la clase 9 del Nomenclátor Internacional, los cursos sobre programas de ordenador en la clase 41 y los servicios de desarrollo de programas de ordenador y creación de ba-

ses de datos y seguimiento de redes reivindicados en la clase 42.

A la inscripción de la marca número 2.617.002, solicitada por "Tibco Software, Inc", se había opuesto "Servicios para Medios de Pago" con sus marcas prioritarias, "Tibc Tarjeta Inteligente de Bancos y Cajas" número 1905.654, que protege en clase 9, entre otros productos, aparatos de control, de registro, de transmisión de imágenes, soportes de registros magnéticos, y equipos para el tratamiento de la información y tarjetas magnéticas de identificación y número 1905.655 que protege entre otros productos de la clase 16, manuales para ordenador.

**SEGUNDO.-** Frente a la resolución de concesión de la marca, la entidad oponente "Servicios para Me-

dios de Pago, S.A." formuló recurso de alzada ante la Oficina Española de Patentes y Marcas, que fue estimado por considerar que concurrían en el caso de autos los "presupuestos aplicativos de la prohibición de registro prevista en el artículo 6.1 (de la Ley), por existir entre los distintivos enfrentados Tibco número 2.617.002 y la marca oponente "Tibc Tarjeta Inteligente de Bancos y Cajas" número 1905.654, una evidente similitud, así como una manifiesta relación entre las áreas comerciales en las cuales despliegan sus efectos, limitando la causa denegatoria a la incompatibilidad con la primera de las dos marcas invocadas por la recurrente.

**TERCERO.-** El tribunal sentenciador desestima el recurso contencioso-administrativo, en atención las siguientes consideraciones:

"(...) Aplicando tal doctrina al caso de autos la Sala entiende que se producen los factores de riesgo que alega la Oficina para oponerse a la marca dado que los términos Tibco y Tibc en su conjunto son sustancialmente iguales y ambas funcionan en el mundo de los ordenadores, teniendo en cuenta que la expresión Tarjeta Inteligente de Bancos y Cajas sólo sirve para especificar el contenido de la marca lo que hace que es posible que el consumidor entienda que estamos ante una derivación de la marca prioritaria lo que provocaría el error de origen por lo que procede desestimar el presente recurso".

**CUARTO.-** "Tibco Software, INC." alega en su primer motivo de casación, articulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, la infracción del artículo 6.1.b) de la Ley 17/2001, de Marcas y de la Jurisprudencia correspondiente. A su juicio, la sentencia de instancia "(...) realiza una comparación en términos generales sin entrar a analizar siquiera con un mínimo de rigor el fondo del asunto, es decir sin proceder a una comparación de los signos enfrentados tal y como jurisdiccionalmente se exige".

Argumenta, en este mismo sentido, que existen diferencias fonéticas, denominativas y conceptuales entre los signos enfrentados, lo que debería llevar a la aceptación de la nueva solicitud de marca. Sostiene que la

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Responsabilidad de notario y registrador en la autorización e inscripción de escritura de segregación 5

Violación del derecho de patente de procedimiento farmacéutico 8

#### PENAL

Promotor de viviendas absuelto del delito de apropiación indebida 11

#### ADMINISTRATIVO

Denominación específica coincidente con una marca ya inscrita 1

Inadmisión indebida de prueba para acreditar el lucro cesante 2

#### SOCIAL

Efectos sobre base reguladora de IPT del ejercicio del derecho de huelga 13

Multa a empresa por temeridad ante incomparecencia a conciliación 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

INTERNET  
http://www.elderecho.com  
e-mail: clientes@elderecho.com

expresión "Tarjeta Inteligente de Bancos y Cajas" es "totalmente ignorada por la Sentencia recurrida", y "se limita a analizar uno de los elementos denominativos de las marcas oponentes" con olvido de que el examen comparativo entre signos distintivos ha de hacerse en su integridad, no descomponiendo sus elementos.

QUINTO.- El motivo ha de ser rechazado habida cuenta de la constante doctrina que venimos manteniendo en torno al control casacional de las sentencias en que se aplica la norma ahora invocada. Hemos sostenido en múltiples ocasiones que cuando la cuestión central del litigio de instancia es, precisamente, apreciar las diferencias fonéticas, gráficas, conceptuales y aplicativas de unas y otras marcas a efectos de juzgar sobre su posible pacífica convivencia en el mercado sin riesgo de confusión y excluir la prohibición relativa establecida por el artículo 6.1.b) de la Ley de Marcas, no basta para el éxito del recurso de casación que la recurrente se limite a discrepar de las apreciaciones que haya hecho el tribunal de instancia afirmando que éste ha errado en dichas apreciaciones.

No corresponde a esta Sala, en cuanto tribunal de casación, sustituir las valoraciones efectuadas por los tribunales de instancia sobre la apreciación de los diversos elementos de hecho que aquel artículo contempla para legitimar el acceso o la negativa al registro de una determinada marca. En la medida que este precepto prohíbe registrar como marcas los signos que, por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan, generen un riesgo de confusión en el público -el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior-, el juicio de los tribunales de instancia sobre cualquiera de estos factores (identidad, semejanza, similitud, riesgo de confusión y riesgo de asociación), a la vista de los elementos de hecho y de las pruebas practicadas, no puede ser sustituido por el del tribunal de casación.

En esta línea hemos indicado en reiteradas ocasiones que no pueden revisarse en casación los hechos probados, entre los que hay que considerar las valoraciones de datos de naturaleza fáctica, como lo son las afirmaciones sobre existencia de similitud o diferencia entre las marcas o sobre cuál sea el ámbito aplicativo y otras. Dichas apreciaciones, en tanto se expresen de forma motivada,

razonable y no arbitraria, y no incurran en error manifiesto, constituyen establecimiento de hechos y no conllevan por sí mismas vulneración alguna de normas, por lo que resultan intangibles en casación. Pues, como también hemos recordado con suma frecuencia, el recurso de casación se configura legalmente como un recurso extraordinario encaminado exclusivamente a la verificación de una correcta aplicación e interpretación de las normas jurídicas, sin que habilite a revisar los hechos probados y las apreciaciones fácticas a que nos hemos referido.

En suma, no nos compete revisar los juicios efectuados en aplicación de tales preceptos, conceptos y criterios, que son apreciaciones de naturaleza fáctica intangibles en casación, siempre que se manifiesten de manera motivada y no incurran en arbitrariedad o manifiesto error, o infrinjan los preceptos sobre valoración tasada de la prueba (por todas, Sentencias de 6 de junio de 2008 -RC 4743/2006-, de 18 de mayo de 2009 -RC 1592/2006- y 19 de mayo de 2009 -RC 107/2004-).

De acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta, es claro que no puede prosperar el motivo formulado. En la sentencia de instancia se realizan una serie de consideraciones en torno a la incompatibilidad existente entre las marcas mencionadas, "Tibco" y "Tibc Tarjeta Inteligente de Bancos y Cajas", que no resultan irracionales o absurdas. Así, tras destacar los términos relevantes en ambas, valora la expresión "Tarjeta Inteligente de Bancos y Cajas" como explicativa, considera concurrente el ámbito en que desenvuelven sus efectos ambos signos y valora la existencia de riesgo de asociación ("error de origen") entre ellas, realizando con todo ello una comparación razonable que se ajusta a los parámetros que venimos señalando como adecuados para realizar el examen comparativo de los signos. Debe pues respetarse el juicio expresado en la sentencia impugnada.

SEXTO.- El segundo motivo tampoco puede ser acogido. Las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico precedente avalan cómo el juicio del tribunal de instancia ha respondido a la utilización correcta de los criterios supuestamente infringidos. En efecto, de los razonamientos efectuados en la sentencia se desprende que aplica con acierto el principio de especialidad llegando a una conclusión acertada. Es innegable que los siguientes productos y

servicios: "programas de ordenador, hardware y bases de datos" pertenecientes a la clase 9 del Nomenclátor Internacional, los cursos sobre programas de ordenador en la clase 41 y los servicios de desarrollo de programas de ordenador y creación de bases de datos y seguimiento de redes reivindicados en la clase 42, aún perteneciendo a diferentes clases, guardan una directa relación aplicativa con los "equipos para el tratamiento de la información" protegidos por la marca "Tibc Tarjeta Inteligente de Bancos y Cajas" núm. 1905.654, y todos ellos pueden ser encuadrados, en el sector de los ordenadores, considerado, éste, desde un punto de vista amplio.

SÉPTIMO.- En su tercer motivo la recurrente invoca el artículo 88.1 d) de la Ley Jurisdiccional, imputando a la sentencia la infracción de la jurisprudencia aplicable que considera que debe atenuarse el rigor comparativo en relación con otros signos oponentes cuando el signo solicitado coincide con la razón de la sociedad solicitante. Cita sentencias en relación con otra modalidad, la de nombres comerciales, (STS de 29 de octubre de 1997 y de 11 de marzo de 1996) entre otras.

La alegación de la recurrente tampoco resulta viable. Como ya manifestamos en nuestra sentencia de 16 de julio de 2009 (RC 273/2008) (...) "Ni en las citadas sentencias ni en otras relativas al análisis de las marcas cuyo contenido coincida con la denominación social de quien pretende su inscripción hemos llegado a afirmar que dicha coincidencia pueda servir de llave para evitar la prohibición relativa de registro establecida por el 6 de la Ley de Marcas cuando el signo aspirante presente con el prioritario las similitudes que en este caso ha apreciado la Sala de instancia. Admitir lo contrario significaría tanto como propiciar que por la mera constitución de una sociedad limitada bajo una denominación específica, coincidente con una marca ya inscrita, aquella tuviera derecho a inscribir como marca su propia denominación en detrimento de los derechos exclusivos del titular de la marca inscrita".

OCTAVO.- Procede pues, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional.

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

## FALLO

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por "Tibco Software, Inc" contra la sentencia dictada el 19 de febrero de 2009 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo número 1213/2006. Con imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Pedro José Yague Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perello Domenech.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup> María Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.

2010/92300

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección 6, Sentencia 24 mayo 2010. Ponente: D. Carlos Lesmes Serrano

## Inadmisión indebida de prueba para acreditar el lucro cesante

*El TSJ estima el recurso de casación interpuesto por la mercantil contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional por la que se denegó la indemnización solicitada por el concepto de lucro cesante por entender que no lo ha acreditado, y en su lugar, ordena la retroacción de actuaciones de modo que la Sala de instancia deberá tener por debidamente propuestas y pertinentes las pruebas y continuar la tramitación del recurso. La Sala considera que la pericial debidamente propuesta pretendía demostrar la cuantía del dicho lucro cesante, lo que no pudo realizarse por decisión del*

ELDERECHO  
GRUPO  
EDITORIAL

Depósito Legal: M-32591-94  
ISSN 1888-5020  
Franqueo Concertado 01/1718

DIRECTOR: Evaristo Moliné

Reservados todos los derechos. Esta publicación y sus contenidos no pueden ser reproducidos total o parcialmente, ni editados, transmitidos ni registrados por ningún medio técnico o procedimiento, reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, sin la expresa autorización por escrito del editor. El Diario de Jurisprudencia EL DERECHO informa de lunes a jueves de todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los resúmenes y titulaciones que anteceden a la reproducción de las sentencias son elaborados por la Redacción de EL DERECHO. La doctrina del Tribunal se contiene oficialmente en los fundamentos de derecho, a cuyo texto íntegro puede acceder cualquier suscriptor a través del Servicio de Documentación EL DERECHO DIRECTO, para su envío por fax (91 - 578 16 17).

*propio Tribunal, y lo mismo puede afirmarse de la testifical propuesta, en particular la relativa a los peritos-testigos que pusieron de manifiesto en el expediente la existencia del demérito sufrido como consecuencia de los daños padecidos en las instalaciones de riego y en el arbolado.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto de este proceso la sentencia de fecha 25 de enero de 2006, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 484/2004, por la que se estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de D. Carlos Daniel y Explotaciones Morant Pascual, S.A., contra la desestimación presunta por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante la Administración, fijándose en la sentencia una indemnización a cargo de la Administración de 3.000 € a favor de D. Carlos Daniel y de 107.650,21 a favor de la entidad Explotaciones Morant Pascual, S.A. por los daños materiales causados en la finca de su propiedad.

Según relata la Sala de instancia en el fundamento jurídico quinto "... ante una situación de enfrentamiento y de tensión de los vecinos de Jarafuel y el propietario de la finca DIRECCION000 por la construcción de un pozo, al considerar que su explotación haría disminuir el caudal de agua potable, puesta de manifiesto con reuniones multitudinarias en la que asistían la practica totalidad del vecindario, edición de pasquines con llamadas a la concentración, etc. era previsible que la visita programada por los técnicos de la Confederación hidrográfica del Júcar para inspeccionar el pozo, daría lugar a perturbaciones graves del orden público.

A pesar de que dicho estado de tensión era público y notorio, no consta que la Guardia Civil, hubiera hecho previsión alguna de cómo hacer frente a unos acontecimientos, que a tenor por los datos que se poseían podían desembocar en graves desórdenes públicos, como así ocurrió en efecto, con peligro para las personas y bienes. De tal modo esto es así, que el día 23 de junio de 1998, D. Carlos Daniel, acudió con los técnicos de la Confederación Hidrográfica a la finca DIRECCION000, con la finalidad de que comprobaran las condiciones del pozo instalado en esta finca, acudiendo también 500 personas vecinos de Jarafuel, en actitud hostil, "portando pancartas reivindicativas, así como un muñeco de tamaño natural que quería representar al Sr. Carlos Daniel, el cual pendía del cuello por una cuerda y con una inscripcón en el pecho amenazante ha-

cia la mencionada persona si no accedía a las pretensiones de los manifestantes". Para hacer frente y controlar la situación, se contaba solamente con cuatro números de la Guardia Civil, que se vieron desbordados por completo, que como se especifica en el atestado se limitó "a intentar convencer a los manifestantes para que depusieran su actitud agresiva, no consiguiéndolo, siendo desbordados en todo momento por la avalancha de persona que había en el lugar". Es decir, las circunstancias del caso exigía la presencia de una fuerza antidisturbios que hubiera repelido con contundencia la actitud agresiva de los manifestantes, en lugar de cuatro números que lo único que pudieron hacer es contemplar como se arrasaba instalaciones de extracción de agua, goteo, sondeos, dependencias de la finca, arbolado, vehículos, etc., incluso poniendo en grave peligro de una persona. Estos hechos se vuelven a reproducir por la tarde, en la que de nuevo 500 personas acceden a la finca y tampoco se solicitan refuerzos, acude una pareja de la Guardia Civil que contempla pacientemente la presencia de un vehículo cargado de arena y otro con cemento, materiales con los que los manifestantes amasan una pasta y con ella tapan la boca del pozo para inutilizarla.

SEGUNDO.- Valorando estos hechos la Sala de instancia considera que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado deberían haber adoptado las medidas precisas de protección y defensa de personas y bienes conforme las circunstancias requerían, obligación que viene recogida en los arts. 5 y 11 de la Ley Orgánica 2/1986, 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Del incumplimiento de esta obligación deduce la responsabilidad patrimonial de la Administración por cuanto la antijuricidad del daño sufrido por el recurrente, si bien causado por terceras personas, podía haberse evitado o paliado en gran parte, de haberse previsto que la situación generada por el conflicto del pozo en la finca DIRECCION000, iba degenerar en graves altercados del orden público, que en ningún caso podían neutralizarse con la utilización de la pareja de la Guardia Civil y algún número más. Y es claro -continúa diciendo la Sala- que no está obligado el recurrente a soportar jurídicamente los daños sufridos, cuando una fuerza pública avisada y enterada de una situación como la que conocemos en el supuesto que nos ocupa, no adopta las medidas oportunas y permite que un grupo de manifestantes ponga en peligro su vida y arrase con sus bienes. Y a ese mal funcionamiento de los servicios policiales se le imputa, en relación causa a efecto, los daños sufridos por el actor.

Sin embargo, la extensión de los daños reclamados no es aceptada por

la Sala, que los fija en 107.650,21 € para la sociedad Explotaciones Morant Pascual, S.A. propietaria de la finca, por los daños sufridos en ésta, y en 3.000 € para D. Carlos Daniel, por daño moral, por haber sido objeto de una agresión por parte de un grupo de manifestantes cuando trataba de abandonar la finca. La discrepancia fundamental entre lo solicitado y lo concedido viene referido a las cantidades reclamadas por lucro cesante, que la Sala de instancia considera no acreditadas.

TERCERO.- Por Auto de 22 de noviembre de 2007 se declaró la inadmisión del recurso de casación interpuesto por D. Carlos Daniel, declarándose la firmeza de la Sentencia de 25 de enero de 2006 respecto del mismo, admitiéndose a trámite el recurso interpuesto por Explotaciones Morant Pascual, S.A., contra la misma Sentencia, recurso al que nos referiremos en los siguientes fundamentos.

CUARTO.- El recurso se fundamenta en dos motivos. El primero al amparo del apartado d) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional, por vulneración de lo dispuesto en el art. 60.1 de esta misma Ley y de la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con el art. 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el art. 56.3 de la Ley de la Jurisdicción. El segundo se formula al amparo del apartado c) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional, por vulneración por no aplicación al caso de lo que dispone el art. 281.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 24.2 de la Constitución Española. Comenzaremos por el análisis del segundo motivo pues, de acogerse, hace innecesario el examen del primero.

La queja del recurrente se centra en la, a su juicio, indebida inadmisión de algunas de las pruebas propuestas que eran pertinentes y necesarias para fundamentar su pretensión indemnizatoria.

Dichas pruebas consistían en una pericial judicial, que pretendía versar sobre el cálculo del lucro cesante, y la testifical de D. Santos, quien había emitido un dictamen pericial aportado al expediente y tuvo conocimiento directo de la realización de los daños denunciados. La vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, que garantiza el art. 24 de la Constitución, ha sido analizada en numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 133/2003, de 30 de junio, FJ 3, y 165/2004, de 4 de octubre, FJ 3) de las que se extrae la siguiente doctrina sobre los rasgos caracterizadores de este derecho fundamental:

a) Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coad-

yuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse su ejercicio, de tal modo que, para entenderlo lesionado, será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda.

b) Este derecho no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas, debiendo motivarse razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho en caso de denegación o inejecución imputables al órgano judicial, cuando se inadmiten o inejecutan pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

Por supuesto, una vez admitidas y practicadas las pruebas declaradas pertinentes, a los órganos judiciales les compete también su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado, fallando en consecuencia, sin que este Tribunal pueda entrar a valorar las pruebas, sustituyendo a los Jueces y Tribunales en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.1 CE.

c) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante. Y es que, en efecto, el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para la parte una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, de tal modo que, de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta y eventualmente favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental. En concreto, para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, el Tribunal

Constitucional ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por una parte, la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial; y, por otra, la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida.

Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta también en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso -comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado-, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de defensa invocado.

Finalmente, también ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 37/2000, de 14 de febrero, FJ 4; STC 19/2001, de 29 de enero, FJ 6; y, STC 73/2001, de 26 de marzo, FJ 4) que el art. 24.2 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. Partiendo de esta doctrina es preciso detenerse en el iter procedimental seguido en la instancia, en las razones del Tribunal para no admitir las pruebas propuestas y las consecuencias que se derivan de su negativa.

QUINTO.- El actor en su demanda solicitó el abono de determinadas cantidades en concepto de indemnización por la lesión antijurídica sufrida consecuencia de un funcionamiento anormal de los servicios públicos. Los daños que se alegaban sufridos eran: daños en instalaciones de extracción de aguas y sistema de goteo; daños en arbolado; daños por destrucción del sondeo y cantidades dejadas de percibir (lucro cesante) consecuencia de los daños producidos en las instalaciones y en el arbolado. En el primer otrosí de la demanda se interesó el recibimiento de pleito a prueba con la finalidad de acreditar, entre otros extremos, la realidad y la cuantía de los daños y perjuicios causados. En un segundo otrosí se interesaba, al amparo, del art. 339 de la LEC la emisión de un dictamen pericial encaminado fundamentalmente a acreditar la cuantía a la que ascendía el lucro cesante derivado de la conversión de almendros de la variedad "guara" cultivados en regadío a cultivados en seco. La Sala de instancia, en Auto de 17 de marzo de 2005, denegó inicialmente el recibimiento a prueba del recurso.

Recurrido en súplica este Auto mediante otro de 27 de abril de 2005 se estimó el mismo acordando el recibimiento solicitado. La parte actora propuso tres medios de prueba: la documental, consistente en la reproducción del expediente administrativo y, en particular para lo que aquí interesa, la reproducción de determinados dictámenes periciales que obraban en dicho expediente relativos al demérito del cultivo de regadío a seco y el cálculo de los ingresos dejados de percibir al año; la prueba testifical, entre ella la de determinados peritos que habían evacuado dictámenes que obraban en el expediente y prueba pericial.

Esta última se concretaba de la siguiente manera: Que, como se anticipó, mediante otrosí digo, en nuestra demanda, al amparo del art. 339 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -texto que se aplica supletoriamente-, proponemos la emisión de un dictamen pericial, que habrá de realizarse por un Ingeniero Agrónomo, para que con los datos que le facilite el Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria -Departamento de Fruticultura-, Organismo perteneciente al Gobierno de Aragón, en calidad de obtentor del almendro de la variedad "guara" respecto de la producción anual del árbol en condiciones normales, en regadío y en seco, en la localidad donde se encuentra la finca de mis patrocinados; los informes que constan en el expediente e, inspección de la finca "DIRECCION000" para comprobar el estado en el que se encuentran los almendros y como evoluciona su recuperación, dictamine sobre:

La cuantía a la que asciende el lucro cesante, es decir, la producción total dejada de percibir, teniendo en cuenta la superficie afectada por los daños (según consta en el informe pericial emitido por D. Gumersindo, que obra en el expediente) determinada por anualidades, desde que ocurrieron los hechos (23 de junio de 1998) hasta el día de hoy, atendiendo al porcentaje de producción que cada año ha tenido el árbol. Mediante Auto de 10 de junio de 2005 la Sala de instancia acordó denegar la documental por considerarla no necesaria ya que de contrario no se negaba, la testifical también por no considerarla necesaria y la pericial tampoco "... ya que debe proponerse en la forma establecida en la LEC.

"Recurrido en súplica este Auto, el actor consideraba, en relación con la pericial, que había sido propuesta al amparo del art. 339 de la LEC, como pericial judicial, por lo que había sido propuesta debidamente. La Sala admitió el recurso exclusivamente respecto de la documental propuesta (reproducción del expediente), denegando lo demás. En relación con la pericial señaló que conforme establece el art. 336.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, debía haberse aportado con la demanda y, de cualquier forma, no se consideraba ni conve-

niente ni necesario dicho dictamen. Finalmente, en la Sentencia, en el fundamento jurídico séptimo, se afirma lo siguiente sobre la prueba:

Séptimo: Respecto a la extensión de los daños, la Sala no puede partir en absoluto parte de los daños reclamados, en concreto: Daños en las instalaciones de extracción de aguas y sistema por goteo, daños en el arbolado, daños por destrucción del sondeo, y la cantidad fijada como lucro cesante. Dichos daños no han sido acreditados, porque aunque si bien la actora aportó al expediente varios informes periciales, los mismos no han quedado sometidos al principio de contradicción en este proceso, debiéndose haber presentado con el escrito de demanda, tal y como establece el artículo 336.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ello motivó que la Sala por Auto de 19 de julio de 2005, confirmara el auto de 10 de junio de 2005, que resolvía sobre la admisión de determinados medios de prueba, y por lo que ahora interesa, no se admitía la prueba pericial, en razón de que la misma debía presentarse en ese momento procesal, no habiendo justificado que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la aportación con la demanda de los dictámenes, conforme dispone el art. 336.3 de la mencionada Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, obra en también en el expediente administrativo, informe pericial elaborado en el Procedimiento penal (Diligencias Previas núm. 1102/98) que conoció el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Requena, de fecha 10 de marzo de 1999, por el Perito designado D. Casiano (folios números 232 a 240), en el que se acompaña reportaje fotográfico.

El objeto de la pericia era: Valoración de los daños ocasionados en la Finca "DIRECCION000" sita en la Partida Las Rochas, Parcela Catastral núm.000 del Polígono núm.001 de JARAFUEL, valoración de los daños ocasionados al Vehículo marca Audi matrícula V.-EZ, propiedad de Explotaciones Morant Pascual S.A. con domicilio en CI Ausias March núm. 6 de Beniarjo, así como la valoración de los daños ocasionados al Uniforme del Sargento de la Guardia Civil D. Isidoro. Por lo que aquí interesa, al no ser parte en el procedimiento, esta última valoración debe ser excluida del total de gastos reclamados. El perito indica en el informe que se desplazó inspección ocular: a la Partida Las Rochas en la Finca DIRECCION000 del Término Municipal de Jarafuel, tratándose de una Finca dedicada al cultivo de Almendros, encontrándose instalada por el sistema de riego a goteo en donde se encuentra una perforación o pozo de agua con el que se riega la totalidad de la Finca. Que valora los daños ocasionados, tomando como referencia las facturas aportadas en autos, precios y bare-

mos vigentes en el mercado en fecha a los hechos. Señala, así mismo el perito que ha podido observar que se encuentra la boca del mencionado pozo hormigonada así como la instalación eléctrica, que la caseta en la que se encontraban todas las instalaciones y mecanismos de goteo se encontraba totalmente calcinada por haber sido incendiada. Hace también observación de que en una superficie de dos hectáreas la red de riego por goteo se encuentra ancada y descubierta, el arbolado ha sido esmochado para cambiar de variedad habiendo sido injertados los cuales han sido destruidos como se observa en el reportaje fotográfico aportado a este informe. En conclusión fija los daños siguientes: Informe al que la Sala ha de atender, porque ha sido confeccionado por un perito independiente, y ratificado ante la judicial presencia en el curso de un procedimiento, bajo el principio de contradicción, y además ha sido emitido con ponderación, rigor, bien fundado y con conocimiento directo del objeto de la pericia, al tener ocasión el perito de contemplar directamente y por sí mismo los daños causados en la DIRECCION000."

SEXTO.- Si recapitulamos sobre lo acontecido en este proceso en materia de prueba podemos sentar las siguientes conclusiones:

a) La Sala de instancia consideró acreditado que la parte actora había sufrido determinados daños antijurídicos como consecuencia de la inactividad de la Guardia Civil en la protección de su propiedad -la DIRECCION000- dedicada al cultivo de almendros con sistema de regadío. Dichos daños afectaron al sondeo y a las instalaciones que proporcionaban el agua, al sistema de riego por goteo y daños al arbolado, siendo ésta una cuestión pacífica.

b) En el expediente administrativo obraba un dictamen pericial emitido por La Casa del Labrador sobre demérito de cultivo de regadío a seco y otro emitido por el economista D. Gumersindo sobre el cálculo de los ingresos dejados de percibir al año. Los documentos que recogían estas pericias fueron reproducidos, junto al resto del expediente, en los autos por decisión del Tribunal y a petición de la parte actora, sin que formulara oposición alguna a su contenido por parte del Abogado del Estado.

c) El perito, a cuyo dictamen se acoge la Sala, afirma, tras la correspondiente inspección ocular, que la finca "DIRECCION000" está dedicada al cultivo de almendros, por el sistema de riego por goteo, estando completamente destruidos el pozo, la instalación eléctrica, la caseta donde se encontraban las instalaciones y los mecanismos por goteo y desmochados los árboles y destruidos los injertos. Este perito, que emitió su dictamen en el proceso penal seguido por estos hechos y estrictamente sobre

las cuestiones que se le plantearon, cuantifica los daños producidos en estos bienes, pero no se pronuncia sobre las cantidades dejadas de percibir por las alteraciones producidas en el sistema de producción de los almendros de regadío a secano, pérdidas que, como es obvio, eran consecuencia inevitable de los daños producidos.

d) La parte actora reclamaba, y así se recoge en la demanda, que se la indemnizara por las cantidades dejadas de percibir (lucro cesante) como consecuencia de los daños producidos al arbolado y al sistema de regadío de la finca "DIRECCION000". Al efecto propuso en la misma demanda, en su otrosí segundo, un dictamen pericial al amparo del art. 339 de la LEC para determinar dicho lucro cesante. Esta petición de dictamen pericial fue reiterada en el escrito de proposición de prueba, como antes hemos reseñado, siendo finalmente rechazada su práctica por la Sala con fundamento en no haber sido propuesta la prueba en la forma establecida en la LEC y por considerarla innecesaria.

e) La Sala de instancia, finalmente, no reconoce indemnización alguna a favor de la actora por el concepto de lucro cesante por entender que no lo ha acreditado.

Señalábamos en el fundamento cuarto de esta Sentencia que el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, que garantiza el art. 24 de la CE -cuya vulneración se denuncia en este recurso- se un derecho de configuración legal por lo que en lo atinente a la prueba pericial en el proceso contencioso-administrativo habrá que estar a lo establecido en la Ley de la Jurisdicción. Su art. 60.4 afirma que "la prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil", lo que constituye una remisión singular a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, remisión reiterada en la Disposición Final Primera de la Ley 29/1988, -"en lo no previsto en esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil"-, y, a su vez en el art. 4 del Título Preliminar de la referida ley procesal.

Como hemos anticipado, el actor tanto en su escrito de demanda como en el de proposición de prueba, al amparo del art. 339 de la LEC, solicitó del Tribunal la emisión de un dictamen pericial al objeto de determinar el lucro cesante. Precisamente, el art. 339 de la LEC, en su apartado segundo, permite que el demandante o el demandado puedan solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En estos casos, el precepto ordena al Tribunal que proceda a la designación, siempre que considere pertinente y útil el dictamen solicitado. El Tribunal de

instancia rechazó la práctica del dictamen por no haber sido propuesto en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en todo caso, por no considerarlo ni conveniente ni necesario.

Como es fácil de ver ninguna de estas razones es admisible. Por un lado, la prueba se propone tal y como establece el art. 339 de la LEC, que es el invocado por el actor, y, en segundo lugar, la prueba era claramente pertinente y útil como se deduce de la propia Sentencia que rechaza la petición de indemnización por lucro cesante por la falta de acreditación, cuando precisamente la pericial debidamente propuesta pretendía demostrar la cuantía de dicho lucro cesante, lo que no pudo realizarse por decisión del propio Tribunal. Lo mismo puede afirmarse de la testifical propuesta, en particular la relativa a los peritos-testigos que pusieron de manifiesto en el expediente la existencia del demérito sufrido por la DIRECCION000 como consecuencia de los daños sufridos en sus instalaciones de riego y en el arbolado, máxime cuando la propia Sala de instancia niega valor probatorio a los documentos que ella misma ha dado por reproducidos y frente a los que el Abogado del Estado no ha formulado oposición alguna. Señalábamos también en el fundamento cuarto de esta Sentencia que el Tribunal Constitucional ha declarado que el art. 24.2 de la CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar, circunstancia que aquí se produce como acabamos de ver. La lesión del art. 24.2 de la CE es clara por lo que el motivo formulado al amparo de la letra c) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional debe ser acogido con estimación del recurso extraordinario de casación.

SÉPTIMO.- Al estimarse el recurso procede casar la Sentencia impugnada y los autos que la preceden hasta el momento en que se inadmitió indebidamente la prueba propuesta que tenía por objeto acreditar el lucro cesante, remitiéndose las actuaciones al Tribunal de instancia para que las reponga al estado y momento señalados, para continuar con la sustanciación de las mismas.

OCTAVO.- No ha lugar, por la estimación del recurso, a la expresa condena en costas al recurrente, en este recurso extraordinario de casación.

#### FALLO

Ha lugar el recurso extraordinario de casación interpuesto por la mercantil Explotaciones Morant Pascual, S.A., contra la sentencia de fecha 25 de enero de 2006, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia

Nacional en el recurso 484/2004, Sentencia que casamos y anulamos y dejamos sin valor ni efecto y ordenamos la retroacción de actuaciones de modo que la Sala de instancia deberá tener por debidamente propuestas y pertinentes las pruebas a las que se refiere el fundamento sexto de esta sentencia y continuar la tramitación del recurso y todo ello sin hacer expresa condena en costas al recurrente en este recurso extraordinario de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legisla-

tiva lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Agustín Puente Prieto.- Carlos Lesmes Serrano.- José Manuel Sieira Miguez.- Juan Carlos Trillo Alonso.- Luis María Díez-Picazo Gimenez.- Octavio Juan Herro Pina.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Carlos Lesmes Serrano, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.



TS Sala 1ª, Sentencia 6 abril 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

## Necesaria declaración judicial previa de inexactitud registral Responsabilidad de notario y registrador en la autorización e inscripción de escritura de segregación

*El TS declara no haber lugar la rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que desestimó la demanda al considerar que no existió negligencia profesional inexcusable del notario y del registrador demandados que, respectivamente, autorizaron e inscribieron la escritura pública de segregación, por el daño patrimonial padecido por la entidad bancaria a consecuencia de haberse autorizado la cancelación del gravamen hipotecario sobre la porción segregada y su posterior inscripción registral sin haber inutilizado previamente las letras de cambio que tenía a su favor la actora, por entender que la hipoteca no tenía naturaleza cambiaria sino ordinaria, y por consiguiente bastaba con el consentimiento del acreedor hipotecario que figuraba en la escritura originaria para dejar sin efecto la garantía hipotecaria sobre la parte de la finca segregada. Se rechaza implícitamente la existencia de un daño resarcible ya producido, y declara también que el principio de legitimación registral impide entrar a resolver sobre la eventual responsabilidad de los demandados sin obtener antes la declaración judicial de inexactitud del Registro.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de antecedentes.

1. El 24 de octubre de 1991 Constructora Sala, S. A., constituyó hipoteca sobre una finca de su propiedad, en favor de Gymicon, S. A., en garantía de pago de 514 768 698 pesetas, a pagar en 38 plazos. Para «facilitar el pago de la deuda» se libraron 28 letras de cambio a cargo de la parte deudora con serie, número, vencimiento e importe que constan en la relación que se unió a la escritura. Y «en garantía del pago de los plazos estipulados, que constituyen el importe de la deuda, que asciende a quinientos catorce millones setecientos sesenta y ocho mil seiscientas noventa y ocho pesetas, y de cien

millones de pesetas que se fijan para costas y gastos, en su caso, la parte deudora constituye hipoteca sobre la finca descrita a favor de Gymicon, S. A.».

2. El 25 de octubre de 1991 se presentó la escritura a calificación en el Registro y ésta fue inscrita el 5 de diciembre de 1991.

3. El 18 de diciembre de 1991 se extendió diligencia en las letras de cambio haciendo constar el notario que autorizaba la escritura de constitución de la hipoteca y su fecha.

4. El 29 de diciembre de 1992 se otorgó escritura en virtud de la cual Gymicon, S. A., endosaba a favor de Banco Europeo de Finanzas 26 de las 38 letras de cambio (entre las que no



estaba la letra de cambio de la que aparecería como tenedor D. Emilio), y sobre las que se decía que «dichos efectos están garantizados mediante escritura de hipoteca, constituida (...) en 24 de octubre de 1991», y se añadía que «al haberse constituido la citada hipoteca para garantizar obligaciones transferibles por endoso, se entiende que la hipoteca es transferida con la obligación o con el título, sin necesidad de dar conocimiento al deudor ni hacerse constar la transferencia en el préstamo».

5. El 3 de marzo de 1993 se extendió asiento de presentación relativo a la anterior escritura y la misma fue retirada por el presentante el 4 de marzo de 1993.

6. El 10 de mayo de 1993 se extendió nota marginal de expedición de certificación de cargas de la regla 4.ª del artículo 131 LH en virtud del mandamiento del Juzgado de San Lorenzo del Escorial de fecha 3 de mayo de 1993, para la efectividad de la hipoteca cedida por la sociedad Gymicon, S. A., al Banco Europeo de Finanzas, S. A., mediante la escritura de 29 de diciembre de 1992.

7. El 9 de julio de 1994 se extendió nota marginal de expedición de certificación de cargas del artículo 131.4.ª LH relativa al procedimiento judicial sumario núm. 54/1994 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Lorenzo de El Escorial, en la que se hace constar que la parte ejecutante es D. Emilio, en cuanto tenedor de una de las 38 letras de cambio recogidas en la anterior escritura de hipoteca.

8. El 23 de abril de 1996 se dictó auto de aprobación de remate a favor de Banco Europeo de Finanzas, S. A., en el procedimiento judicial sumario instado por el mismo, que se siguió con el núm. 123/1993 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Lorenzo de El Escorial. Este auto no fue inscrito en el Registro de la Propiedad.

9. El 24 de diciembre de 1997 en el procedimiento judicial sumario núm. 54/1994 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Lorenzo de El Escorial se dictó auto de aprobación de remate mediante el que Inmovilizados y Gestiones, S. L., adquirió la finca, el cual causó inscripción de fecha 26 de marzo de 1998.

10. El 19 de mayo de 1998 se otorgó escritura pública por la que Inmovilizados y Gestiones, S. L., como propietaria, segrega una parte de la finca; y la titular del derecho real de hipoteca, Gymicon, S. A., presta su consentimiento a la segregación y libera absolutamente la finca segregada de toda responsabilidad por razón de esa hipoteca. Esta escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad el día 13 de noviembre de 2000 y fue inscrita el 28 de noviembre de 2000.

11. El 27 de julio de 2001, Banco Europeo de Finanzas, S. A., presentó demanda contra Inmovilizados y Gestiones, S. L., contra D. Ángel y contra D. Cornelio en la que, entre otros extremos, solicitaba la nulidad y cancelación de la inscripción de dominio practicada a favor de Inmovilizados y Gestiones, S. L., de la inscripción de segregación de la finca y de la inscripción de la porción segregada.

12. Banco Europeo de Finanzas, S. A., presentó demanda de responsabilidad civil contra D. Gines (notario) y D. Juan Pedro (registrador de la Propiedad) los cuales, respectivamente, autorizaron e inscribieron la escritura pública de fecha 19 de mayo de 1998 por el daño patrimonial padecido a consecuencia de haberse autorizado la cancelación del gravamen sobre la porción segregada y su posterior inscripción registral sin haber inutilizado previamente las letras de cambio, como exige el artículo 156 LH en las hipotecas cambiarias, alterando con ello el contenido y alcance del derecho de hipoteca constituido en favor de los tenedores de las letras de cambio.

13. El Juzgado desestimó la demanda.

14. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia, fundándose, en síntesis, en que (a) la responsabilidad exigida es de carácter extracontractual en cuanto al notario, por ser el dañado un tercero ajeno al otorgamiento de la escritura pública y, en cuanto al registrador, por tener este carácter la relación jurídica entre el solicitante y el registrador de la Propiedad; (b) el principio de legitimación registral impide entrar a resolver sobre la eventual responsabilidad de los demandados sin obtener antes la declaración judicial de inexactitud del Registro, para lo cual la actora ha interpuesto demanda tendente a obtener la nulidad y cancelación de las inscripciones de dominio y de segregación; y no puede exigirse responsabilidad profesional sin haber agotado las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico para defender una posición jurídica; (c) para la exigencia de responsabilidad civil profesional del notario y del registrador no es suficiente una interpretación discutible de un precepto legal, sino que es necesario que se acredite la concurrencia de ignorancia o negligencia inexcusable, según los conocimientos que se presumen en dichos profesionales, que haya causado un perjuicio real y efectivo; (d) la demanda se funda en que con la autorización de la escritura y con su inscripción se ha permitido una alteración del contenido y alcance del derecho de hipoteca como hipoteca cambiaria; pero esta afirmación carece de fundamento, pues (i) la calificación de la hipoteca como no cambiaria, en la que se fundaron el notario y el registrador para entender que bastaba el consentimiento del acreedor origina-

rio, tiene un sólido apoyo en las resoluciones de la DGRN, la cual, en resoluciones posteriores a la STS de 7 de junio de 1988 invocada por la parte actora, exige como requisito de la hipoteca cambiaria su constitución a favor del aceptante de la hipoteca y sucesivos tenedores de las letras; (ii) del FD primero de la STS de 7 de junio de 1988 parece deducirse que la firma de la escritura y de las letras de cambio se hizo en acto conjunto, con expresión en la escritura de todos los datos y características de las letras de cambio, expresión detallada de la garantía, y constancia de que la hipoteca se constituía para asegurar el pago a la libradora; (iii) la doctrina de la DGRN no cambió con la Resolución de 18 de diciembre de 1996, pues la Resolución de 31 de mayo de 2003 reproduce la doctrina de la Resolución de 14 de octubre de 1986; (iv) en la escritura no se hace constar que la garantía se constituye a favor del aceptante de la hipoteca y sucesivos tenedores de las letras; (v) no se dice en la escritura que el notario haya hecho constar en las letras de cambio garantizadas los datos de fecha y notario que autorizaba la escritura de constitución (artículo 154, último párrafo, LH); (vi) este requisito no aparecía cumplimentado al presentar la escritura a calificación, sino en fecha posterior; por lo que el registrador no pudo calificarla como hipoteca cambiaria; (vii) en suma, la publicidad registral que deriva de la inscripción de la hipoteca no podía indicar, en ningún caso, que la hipoteca inscrita fuera cambiaria; (viii) la nota marginal sobre expedición de certificación de cargas no paraliza las facultades de disposición del deudor ni produce el cierre registral y en la nota marginal no constaba que el Banco Europeo de Finanzas ejercitase su derecho como tenedor de las letras de cambio, por lo cual la carga de la nota marginal no debía ser arrastrada a la finca segregada; (e) aun admitiendo que se tratara de una hipoteca cambiaria, no ha existido perjuicio real y efectivo según los artículos 227 RH, 131.17.ª LH y 155.2 y 2 LH, pues (i) la actora no inscribió el auto por el que se aprueba remate de la finca a su favor, la cual hubiera determinado la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, ni solicitó que se liberase mandamiento de cancelación en el procedimiento núm. 123/1993; (ii) su pasividad no puede justificarse por el temor a quedar subrogada en el débito personal; (iii) tampoco puede aceptarse la existencia de riesgo de prescripción de la acción, pues el plazo no comienza a correr sino al año de ser conocidos los perjuicios causados; (f) de la exigencia de inutilización de las letras de cambio para la inscripción de la escritura de cancelación parcial de 10 de marzo de 1998 parece deducirse que los demandados habían considerado en aquella ocasión la hipoteca como cambiaria, pero esto no impide un cambio posterior de criterio jurídico.

SEGUNDO. - Enunciación de los motivos de casación.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 477.1 LEC, infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre el artículo 83, párrafos 1.º y 2.º, LH por inaplicación».

El motivo se funda, en síntesis, en que el notario y el registrador, respectivamente, autorizaron el otorgamiento y la inscripción de la segregación de una finca como libre de cargas sin expresar el gravamen vigente de la finca matriz consistente en la nota marginal de expedición de certificación de cargas para la efectividad de la hipoteca cedida por la sociedad Gymicon, S. A., a la recurrente, ni obtener su consentimiento para la cancelación.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 477.1 LEC, infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre los artículos 1, párrafo 3.º, 18, 38, 40.d) y 83, párrafos 1.º y 2.º, LH por inaplicación».

El motivo se funda, en síntesis, en que la cancelación de la anotación exige mandamiento judicial si no hay consentimiento de los interesados, mientras que la sentencia la justifica partiendo del carácter ordinario y no cambiario de la hipoteca y del poder de disposición del acreedor hipotecario.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 477.1 LEC, infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre los artículos 1, párrafo 3.º, 18, 38, 123, 150, 154 párrafos 1.º, 2.º y 3.º y 156, párrafos 1.º, 2.º y 4.º, LH, por inaplicación».

El motivo se funda, en síntesis, en que la hipoteca no es ordinaria sino cambiaria, pues fue constituida en garantía de letras de cambio transferibles mediante endoso e inscrita en el Registro de la Propiedad causando una inscripción en la que se reseñan las 38 letras de cambio perfectamente individualizadas con su serie, número, vencimiento e importe respectivos, al dorso de las cuales se hizo constar la garantía hipotecaria que aseguraba su pago, por lo que, constando al margen de la inscripción de hipoteca en el Registro nota de expedición de la certificación a que se refiere la regla 4.ª del artículo 131 LH a instancia del banco recurrente, es obvio que los títulos habían circula-

do y que el derecho de hipoteca se había transmitido con las letras de cambio y no podía atribuirse la condición de único acreedor hipotecario a quien no exhibía todas y cada una de las letras de cambio.

El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 477.1 LEC, infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre el artículo 7.1 CC ».

El motivo se funda, en síntesis, en que, en la hipótesis de que se tratara de una hipoteca ordinaria, notario y registrador conocían que la hipoteca había sido cedida parcialmente por el acreedor hipotecario Gimyon, S. A., a la entidad recurrente según la nota marginal extendida junto a la inscripción 4.ª, por lo que faltaron a la buena fe cuando autorizaron e inscribieron la escritura de segregación de la parcela libre de cargas compareciendo únicamente Gimyon, S. A., en el otorgamiento para prestar el consentimiento de cancelación de las cargas de la hipoteca y de la nota marginal de la regla 4.ª del artículo 131 LH. Añade que, cuando se solicitó una nota simple informativa de la finca segregada, el Registro de la Propiedad informaba contrariamente a lo que había inscrito que la parcela segregada sí arrastraba los gravámenes vigentes de la finca matriz.

El motivo quinto se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 477.1 LEC, infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre el artículo 83.1.º y 2.º LH ».

El motivo se funda, en síntesis, en que la cancelación parcial de la hipoteca respecto de la finca segregada, aunque fuera una hipoteca ordinaria, requería el consentimiento del acreedor hipotecario Gimyon, S. A., y también el del propio interesado y favorecido por la nota marginal, el banco recurrente, además del mandamiento de cancelación del juez que había ordenado anotar la nota marginal.

El motivo sexto se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 477.1 LEC, infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre el artículo 300 LH y el artículo 1902 CC ».

El motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia recurrida no puede diferir la declaración de responsabilidad por negligencia profesional a la previa declaración de nulidad de la inscripción registral de la segregación libre de cargas porque ( a ) la

nulidad de ésta es consecuencia de la negligencia profesional y no al revés; ( b ) el artículo 300 LH no exige para su aplicación la previa cancelación de inscripciones registrales que pueden amparar a terceros hipotecarios; ( c ) según el artículo 298 LH, ni siquiera la rectificación de errores cometidos en asientos librará al registrador de la responsabilidad por los perjuicios que hayan ocasionado los mismos asientos antes de ser rectificadas; ( d ) el perjuicio es real y cuantificable, pues la recurrente ha visto perjudicada gravemente la garantía de cobro de la cuantía asegurada con la hipoteca por haber autorizado e inscrito, notario y registrador, la escritura de segregación sin cargas de la parcela de mayor valor urbanístico de la finca hipotecada; ( e ) existe relación de causalidad y la cancelación parcial o menoscabo ilegítimo de la hipoteca y de la nota marginal de certificación de cargas tiene la virtualidad suficiente para que de la misma se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo; ( f ) la supuesta pasividad del banco recurrente no es tal, pues ha mantenido la vigencia de la carga de la nota marginal ante los numerosos intentos procesales desplegados para obtener su cancelación.

El motivo séptimo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 477.1 LEC, infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre los artículos 1902 y 1968.2 CC y el artículo 300 LH ».

El motivo se funda, en síntesis, en que ( a ) la sentencia recurrida mantiene el criterio de que el plazo de prescripción de un año del artículo 1968.2 CC comenzará a contar cuando concluya por sentencia firme la acción reivindicatoria entablada por el Banco, pero el daño se produjo cuando el notario y el registrador autorizaron la segregación de una parcela de alto valor urbanístico como libre de cargas de una finca matriz que estaba gravada con una hipoteca cambiaria y con nota marginal de expedición de la certificación de la regla 4.ª del artículo 131 LH; ( b ) el artículo 300 LH, que regula la responsabilidad del registrador, no exige para su aplicación que el perjudicado agote previamente otras acciones frente a terceros.

Los motivos de casación guardan relación entre sí, por lo que serán examinados conjuntamente.

Los motivos deben ser desestimados.

TERCERO. - Responsabilidad del notario y registrador demandados.

A) Los motivos del recurso de casación plantean tres de los elementos cuya concurrencia es necesaria para

la existencia de responsabilidad civil, a saber, a) la existencia de una conducta profesional negligente por parte de los demandados (motivos primero a quinto); b) la existencia de un daño resarcible (motivo séptimo); y c) la existencia de nexo de causalidad entre la primera y el segundo (motivo sexto). Como se verá seguidamente, sin necesidad de compartir las argumentaciones de la sentencia recurrida en relación con la falta de negligencia profesional, advertimos que, en la hipótesis favorable a la concurrencia de este elemento, no se daría la existencia de un daño resarcible y, aun si este existiese, faltaría el nexo de causalidad entre la conducta negligente de los demandados y ese daño, y, por consiguiente, hemos de concluir que no procede la exigencia de responsabilidad civil.

B) La demanda funda la responsabilidad patrimonial del notario y del registrador demandados en el hecho de haber autorizado e inscrito la segregación de una parte de la finca matriz gravada por una hipoteca cambiaria sin recabar el consentimiento de la sociedad recurrente, que había accedido a la titularidad de parte del crédito hipotecario mediante el endoso de determinadas letras, y en cuyo favor se había practicado una anotación preventiva de petición de certificación de cargas del artículo 131.4.º LH, la cual no se arrastró a la porción segregada. Mantiene que así se causó un daño consistente en la alteración del contenido y alcance del derecho de hipoteca constituido en favor de los tenedores de las letras de cambio y, con ello, una disminución de la garantía de cobro de la cuantía asegurada con la hipoteca.

La sentencia recurrida niega la existencia de negligencia profesional fundándose en que, atendidas las circunstancias del caso y la posición de la doctrina y de la jurisprudencia, no era manifiestamente improcedente entender que la hipoteca no tenía naturaleza cambiaria, sino ordinaria, y por consiguiente bastaba con el consentimiento del acreedor hipotecario que figuraba en la escritura originaria para dejar sin efecto la garantía hipotecaria sobre la parte de la finca segregada, pues la interpretación contraria no se ofrecía con carácter indiscutible.

En los cinco primeros motivos de casación la parte recurrente combate esta apreciación fundándose en la calificación de la hipoteca como cambiaria a tenor de la jurisprudencia, dadas las circunstancias en que se constituyó, y en el hecho de haberse desconocido la evidencia registral de la existencia de un interesado en la ejecución hipotecaria distinto del acreedor hipotecario, que únicamente podía serlo por cesión del crédito.

Las alegaciones de la parte recurrente son suficientes para abrir la discusión sobre la posible existencia de una negligencia por parte de los profesionales demandados, habida

cuenta de que la anotación preventiva obrante en el Registro ponía de manifiesto la existencia de un tercero aparentemente legitimado para el ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria y, cuando menos, ofrecía dudas sobre el carácter cambiario o no de la hipoteca, para cuya cancelación parcial con anterioridad los mismos profesionales demandados, con distinto criterio jurídico según la sentencia recurrida, habían exigido la inutilización de las letras de cambio correspondientes.

Sin embargo, como ha quedado dicho, no es menester resolver esta cuestión, habida cuenta de que, de estimarse la existencia de una negligencia profesional, faltaría el requisito de la existencia de un daño, y, en todo caso, el nexo de causalidad entre la conducta de los demandados y ese daño.

C) La sentencia recurrida rechaza implícitamente la existencia de un daño resarcible ya producido, pues sostiene que la parte recurrente, que tiene pendiente en el momento de iniciarse este proceso una demanda tendente a obtener la nulidad y cancelación de las inscripciones de dominio y de segregación, no ha agotado las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico para defender su posición jurídica, y que el principio de legitimación registral impide entrar a resolver sobre la eventual responsabilidad de los demandados sin obtener antes la declaración judicial de inexactitud del Registro.

Esta Sala ha considerado que la disminución de la garantía producida por un error en un asiento del Registro puede constituir un daño resarcible. La STS 18 mayo 2006, RC núm. 3099/1999, declara, en efecto, en un supuesto de responsabilidad del registrador por indebida cancelación de una anotación preventiva de embargo, que «(e)l daño (...) se concretó en la resolución recurrida en la pérdida de una garantía que aseguraba el cumplimiento de la obligación, y en el debilitamiento del conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los acreedores para la satisfacción de su derecho, lo que obviamente no cabe cuestionar sin poner en cuestión la propia eficacia del sistema registral (...)».

Sin embargo, el supuesto examinado en este proceso no es comparable, pues en él no se ha producido la cancelación de la nota marginal de petición de certificación del artículo 131.4.º LH, sino que se ha autorizado la inscripción de una segregación que pudiera ser nula. En este caso la disminución de la garantía que pudiera originar la segregación de una parte de la finca hipotecada como libre de cargas sería susceptible de ser eliminada mediante la declaración de nulidad de la segregación y de la inscripción y su cancelación, que comportaría el reintegro de la totalidad del inmueble a su situación original,

por lo que, como la sentencia recurrida acertadamente declara, no puede existir perjuicio real y actual en tanto no se produzca el desenlace del proceso encaminado a obtener aquellos pronunciamientos de nulidad y cancelación de la inscripción. Esta, en tanto no sea anulada, goza de la presunción de legitimidad. Solo así podrá advertirse si, como consecuencia de los efectos de la protección registral indebidamente prestada a un negocio nulo, la garantía hipotecaria puede haber resultado efectivamente disminuida.

C) Finalmente, esta Sala no aprecia que pueda establecerse la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta del notario y del registrador los cuales, respectivamente, autorizaron e inscribieron la segregación, y el daño causado, en la hipótesis de que se admitiese su existencia.

En efecto, el nexo de causalidad no puede ser establecido únicamente en el plano fenomenológico atendiendo exclusivamente a la sucesión de acontecimientos en el mundo externo, sino que la causalidad física debe ser acompañada de una valoración jurídica en virtud de la cual, con criterios tomados del ordenamiento, pueda llegarse a la conclusión de que el daño causado se encuentra dentro del alcance de la conducta del agente, en virtud de lo que en nuestro ámbito científico suele llamarse imputación objetiva.

En el caso examinado se observa que los criterios de imputación objetiva aplicables no autorizan a imputar al notario y al registrador el daño producido, no obstante la negligencia en que pudieron haber incurrido. Uno de estos criterios, en efecto, es el de la interferencia de causas pertenecientes a la esfera de la víctima en la producción del daño. Aplicando este criterio se advierte que se interfirió de manera relevante en el proceso causal del posible perjuicio la conducta de la actora. Ésta, en primer término, por causas que no constan, no inscribió la escritura de cesión del crédito hipotecario en su favor (en todo caso, no combatió la posible calificación negativa del registrador). Resulta evidente que, de haberlo hecho, la titularidad de su crédito hubiera tenido acceso al Registro y hubiera impedido la segregación posteriormente inscrita. En segundo término, la actora, no obstante haberse adjudicado la finca en el proceso especial sumario de ejecución hipotecaria con anterioridad a la segregación llevada a cabo, no inscribió el auto por el que se aprobó el remate de la finca a su favor. Esta inscripción, como pone de manifiesto la sentencia recurrida, hubiera determinado la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, pero la actora tampoco solicitó que se librara mandamiento de cancelación. Esta conducta de omisión tiene suficiente relevancia para ser considerada como decisiva en la ge-

neración de un posible daño que hubiera podido ser evitado por el perjudicado, y resulta obvio que esta pasividad no puede quedar justificada, como la sentencia recurrida afirma, por el temor a quedar la parte recurrente subrogada en el débito personal, pues esta justificación equivaldría a reconocer la insuficiencia de la garantía hipotecaria por causas ajenas a la segregación llevada a cabo.

La aplicación de este criterio lleva a la conclusión de que el alcance de la responsabilidad profesional del notario y del registrador demandados no podía comprender los eventuales efectos dañosos derivados de la disminución de la garantía hipotecaria anudada a la autorización e inscripción de una segregación de parte de la finca hipotecada (que la parte recurrente ha impugnado como nula por no contar con su intervención), pues esa inscripción no hubiera podido practicarse si la parte afectada hubiera inscrito a su favor la titularidad del derecho hipotecario y la titularidad de la finca mediante los títulos de que respectivamente disponía.

CUARTO. - Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC, en relación con el artículo 398 LEC.

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

#### FALLO

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco Europeo de Finanzas, S. A., (actualmente Unicartera Gestión de Activos Sociedad Limitada Unipersonal), contra sentencia de 25 de octubre de 2005 dictada por la Sección 9.ª bis de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación núm. 318/2004, cuyo fallo dice:

«Fallamos:

»Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Europeo de Finanzas, S. A., y de la impugnación sucesiva planteada por D. Gines contra la sentencia de fecha 2 de octubre de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Madrid, en autos de juicio ordinario núm. 689/2002 de dicho Juzgado, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la citada resolución.

»Las costas originadas por la apelación principal serán abonadas por Banco Europeo de Finanzas, S. A. y las originadas por la impugnación sucesiva serán abonadas por D. Gines ».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesus Corbal Fernandez. José Ramon Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Rubricado. 0 Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2010/113284

TS Sala 1ª, Sentencia 14 junio 2010. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Exclusión de producto encubierto por esta patente

### Violación del derecho de patente de procedimiento farmacéutico

*Acuerda el TS desestimar el recurso extraordinario de infracción procesal y estimar parcialmente el recurso de casación -exclusivamente en el extremo relativo a la publicación de la resolución condenatoria-, dirigido contra la sentencia que, estimó parcialmente el recurso de apelación de las actoras, en relación con las acciones referidas a la patente, titulada "Aminoácidos cíclicos exentos de lactama", relacionada con el principio activo gabapentina, en el proceso que versaba sobre derecho de patentes y de competencia desleal, ejercitándose por las entidades actoras las acciones, en concepto de titular de la patente española y licenciataria.*

*En contra de lo apreciado por la recurrente, esto es que nos hallamos ante una mezcla, yuxtaposición o dosificación que enmascara la protección de un producto y que en realidad lo que se ha patentado es un producto enmascarado con una patente de procedimiento por que cuando se registró en España no había hacerlo de productos farmacéuticos y químicos; considera la Sala que el hecho de que se mezclen unos determinados excipientes en unas específicas dosis no excluye que se trate de un "modus operandi" caracterizador del procedimiento como tal, por lo que*

*no cabe, por consiguiente, aceptar la tesis de la parte demandada y recurrente de que nos hallamos ante un "producto encubierto" o una "simple mezcla".*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre derecho de patentes y de competencia desleal ejercitándose por las entidades actoras Goedecke Aktiengesellschaft, en concepto de titular de la patente española ES 2.063.219, y Pfizer, S.A., en concepto de licenciataria, diversas acciones referidas a dicha patente, titulada "Aminoácidos cíclicos exentos de lactama", relacionada con el principio activo gabapentina fundadas en la Ley de Patentes 11/1986, de 20 de marzo, y de Competencia Desleal 3/1991, de 10 de enero. La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 53 de Barcelona el 28 de junio de 2004, en los autos de juicio ordinario número 368 de 2003, estima parcialmente la demanda y acuerda declarar que la entidad GOEDECHE es titular y la entidad Pfizer, S.A. es licenciataria de la patente española 2.063.219, condenando a la entidad demandada Laboratorios Rubio, S.A. a estar y pasar por dichas declaraciones, y absolviéndole de las restantes pretensiones ejercitadas contra la misma. La Sentencia dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 17 de mayo de 2006, en el Rollo número 696 de 2004, estima parcialmente el recurso de apelación de las actoras, y acuerda:

1.- Declarar que el ofrecimiento, la introducción en el mercado y/o la utilización de las especialidades farmacéuticas genéricas "Gabapentina Rubió 100 mg cápsulas", "Gabapentina Rubió 300 mg cápsulas" y "Gabapentina Rubió 400 mg cápsulas" y/o la importación y/o posesión de dichos productos para alguno de los fines mencionados constituye una infracción de la patente ES 2.063.219, de la que las demandantes son titular y licenciataria, respectivamente.

2.- Condenar a la demandada a estar y pasar por esta declaración; a abstenerse de utilizar especialidades farmacéuticas que contengan como principio activo gabapentina y que hayan sido formuladas por cualquier procedimiento que invada el ámbito de las reivindicaciones de la patente ES 2.063.219; a abstenerse de fabricar, poseer, ofrecer a terceros e introducir en el comercio español especialidades farmacéuticas que contengan como principio activo gabapentina y que hayan sido formuladas por cualquier procedimiento que invada el ámbito de las reivindicaciones de la patente ES 2.063.219, y en concreto, las especialidades farmacéuticas genéricas "Gabapentina Rubió 100 mg cápsulas", "Gabapentina Rubió 300 mg Cápsulas" y "Gabapentina Rubió 400 mg cápsulas", a notificar a su costa esta sentencia a



la Agencia Española del Medicamento; y a publicar a su costa la misma en los periódicos Expansión y El País.

La entidad mercantil Laboratorios Rubio, S.A. interpuso recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, articulado cada uno de ellos en dos motivos que fueron admitidos por Auto de esta Sala de 13 de enero de 2.009. En el recurso extraordinario por infracción procesal, que debe examinarse en primer lugar (Disposición Final 16ª.1, 6ª LEC), se plantean cuestiones relativas a la carga de la prueba y recusación de un perito, y en el de casación se suscita controversia sobre la naturaleza de producto, y no de procedimiento, de la patente que constituye el fundamento de las reclamaciones de la parte actora, y la improcedencia de la condena a la publicación de la sentencia.

Por lo que respecta a la oposición a la inadmisibilidad del recurso, las alegaciones expuestas serán examinadas, con los efectos que correspondan, con las demás que figuran en relación con los respectivos motivos, sin que proceda un examen autónomo previo dado que en el caso podría suponer prejudicial el contenido de dichos motivos.

1º Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, que se examina en primer lugar por razones de orden lógico al incidir su eventual estimación en la necesidad de estudiar los restantes planteamientos de la parte recurrente, se aduce vulneración del art. 469.3 y 4 de la LEC (se alude al art. 469.1, 3º y 4º) en relación con los arts. 127.4, 125 y 124 LEC y 219 y 220 LOPJ que crea manifiesta indefensión a la parte. Se hace referencia a que la Sentencia objeto de recurso estima la recusación del perito judicial vulnerando las normas legales relativas a la recusación. El motivo se desarrolla en torno a seis alegaciones, a saber:

“(1) La causa de recusación (i), apreciada por la Sentencia impugnada, no se contempla como causa de recusación ni en la LEC ni en la LOPJ

(2) La causa de recusación (ii), apreciada por la Sentencia impugnada, tampoco se contempla como causa de recusación en la LEC o en la LOPJ

(3) La causa denominada como (i), apreciada por el Tribunal, no concurriría al tiempo de emitir el dictamen pericial, con lo que se vulnera el art. 125.2.3 LEC (se alude a los apartados 2 y 3).

(4) La causa denominada como (ii), apreciada por el Tribunal, tampoco concurriría al tiempo de emitir el

dictamen pericial, con lo que se vulnera el art. 125.2.3 LEC (se alude a los apartados 2 y 3).

(5) La recusación planteada por la actora lo fue, desde su inicio, extemporáneamente y, por tanto, la estimación en segunda instancia, por la Sentencia impugnada, vulnera el art. 125.2 de la LEC

(6) No habiéndose reproducido la recusación en segunda instancia la Sentencia ha incumplido los arts. 125 y 127.4 de la LEC “. El motivo se desestima porque la resolución recurrida no resuelve ningún problema de recusación por lo que mal pudo aplicar indebidamente los preceptos antes expresados relativos a la misma. Lo único que sucede es que el juzgador “a quo”, en ejercicio de la función de valoración de la prueba, y ponderando las circunstancias concurrentes, considera que “hay una sospecha sobre la posible parcialidad del perito Sr. B. que aconseja prescindir de su criterio, alejando a la solución judicial de cualquier riesgo de condicionamiento e inseguridad jurídica”. No hay por consiguiente un tema de recusación, sino de valoración probatoria. El juzgador para formar su convicción puede tomar en cuenta unos u otros elementos de prueba, y puede excluir los que a su juicio sean sospechosos de parcialidad, o que, por las causas que explique, no los considere aceptables en orden a la fijación de la base fáctica.

Es obvio que la apreciación puede ser denunciada por falta de motivación, por arbitrariedad, o por manifiesta irrazonabilidad, pero tales vicios, ni se han denunciado adecuadamente, ni concurren, porque, en cuanto al primer aspecto (motivación), en el fundamento de derecho segundo se expone una amplia y suficiente argumentación acerca del por qué no se toma en cuenta el dictamen controvertido; en lo que atañe al segundo aspecto (arbitrariedad), porque en dicha explicación se exponen razones materiales y procesales que explican la decisión; y en los que se refiere al tercer aspecto (irrazonabilidad), porque en absoluto es irrazonable la solución adoptada, sino, bien al contrario, plenamente justificada en aras a evitar cualquier incertidumbre sobre la posible contaminación de un informe pericial.

Por otra parte, no es cierto que se coloque a la parte en una situación de indefensión, pues si ello pudiera resultar explicable de no existir más elementos de prueba, no es éste el caso, dado que el propio juzgador “a quo” se preocupó, atinadamente, de resaltar que “se contará, por tanto, con el resto del material disponible, el amplio acervo probatorio resultante de los numerosos dictámenes periciales aportados y ratificados en juicio bajo el principio de contradicción, en consonancia con las testificales practicadas y las documentales que obran en las actuaciones”. Y tampoco cabe desconocer

que el elemento de prueba de que se prescindió fue un dictamen pericial de un perito judicial, circunstancia que determina una más amplia facultad discrecional del juzgador para ponderar su relevancia para el proceso.

TERCERO.- En el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se alega infracción del art. 469.1, 2º LEC en relación con los arts. 217 y 385 del mismo Cuerpo Legal y el art. 61.2 de la Ley de Patentes. El motivo se desestima por las razones siguientes. La norma del art. 61.2 LP de la Ley de Patentes, que dispone que “si una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, se presume, salvo prueba en contrario, que todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido por el procedimiento patentado”, recoge un criterio especial de carga de la prueba (con previsión general en el art. 217.6 LEC -apartado 5 al tiempo del proceso-) y no una presunción legal (art. 385 LEC). Así resulta de los antecedentes internacionales del precepto (Protocolo núm. 8º.2 del Tratado de 12 de junio de 1.985 de adhesión de España a la actual Unión Europea; art. 75 del Convenio de Luxemburgo de 15 de diciembre de 1.975 sobre Patente Comunitaria -que si bien no llegó a entrar en vigor tuvo una importante influencia legislativa-; art. 34.1 del Acuerdo sobre los ADPIC; Preámbulo de la LP; doctrina mayoritaria; y jurisprudencia de esta Sala (SS. 28 de abril de 2.005, 2 de febrero de 2.007 y 19 de mayo de 2.008), y, singularmente, de la propia fórmula de la norma legal, porque la presunción, a diferencia de otras reglas que inciden en la carga de la prueba, exige una especial estructura consistente en que haya dos afirmaciones y un enlace entre ellas.

No puede presumirse una afirmación si no es en relación a otra que le sirve de base, de forma que si falta esta última no existe presunción. Entendemos que en el precepto no hay una afirmación base de la que, en virtud de una máxima de experiencia sentada por el legislador, se deduzca -enlace, inferencia- la afirmación “presumida”, aunque un sector doctrinal minoritario sostiene que hay enlace entre dos afirmaciones cualitativamente distintas.

Otra cosa es que haya la exigencia de unos presupuestos, que, como hechos constitutivos de la pretensión, tengan que ser probados por quien los afirma, o mejor dicho, por quien sea interesado en el efecto jurídico que ordinariamente se desprenda de su certeza (art. 217.2 LEC). Y a lo razonado no obsta que el precepto emplee la expresión “se presume”, porque es bien sabido que el legislador no suele emplearla en un sentido técnico; ni tampoco que recoja la fórmula “salvo prueba en contrario”, que trata de evitar cualquier interpretación rigurosa de disposición legal

taxativa (en cierta consideración doctrinal, prácticamente abandonada, se alude a presunción “iuris et de iure”, también denominada presunción legal “impropia”). Desde un punto de vista eminentemente formal la anterior conclusión podría ser suficiente para desestimar el motivo. Sin embargo, lo cierto es que la adquisición resulta inane, porque, con independencia de las diferencias entre presunción legal y reglas de inversión de la carga de la prueba, pues aquélla aunque incide en la prueba no agota en ella su cometido, las consecuencias prácticas para el proceso son prácticamente irrelevantes.

Ello es así porque al demandante le incumbe probar que ostenta una patente de procedimiento para la fabricación de un producto o sustancia nuevo, y también que el producto o sustancia del demandado es de similares características. En cambio, al demandado le incumbe el “onus probandi” de que el producto suyo se ha fabricado por un procedimiento distinto. Y asimismo, en su caso, que tenía el consentimiento del demandante, tanto porque es un hecho impeditivo o enervatorio de la pretensión actora (art. 217.3 LEC), como por aplicación de la doctrina sobre los hechos negativos y sobre la disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC, redacción actual). En el caso la sentencia recurrida no ha conculcado dichas reglas.

Hallándonos en el campo de la carga de la prueba la infracción sólo podría ocurrir si alguno de los hechos relevantes se declarase no probado, y, dada tal apreciación, se atribuyesen las consecuencias desfavorables a aquella parte a quien no le correspondía el “onus probandi” en virtud de las reglas generales o de un criterio especial. Y ello no ha sucedido. La razón por la que se ha declarado probado el hecho relevante puede ser discutida en otros ámbitos procesales (congruencia, motivación, valoración de la prueba), pero no en el de la carga; y, por otra parte, resulta indiferente en virtud del principio de adquisición procesal quien haya aportado el medio probatorio en cuya virtud se produce la fijación del hecho controvertido.

La discusión acerca de si, dados los hechos probados, la patente registrada como de procedimiento no tiene tal carácter sino el de patente -invención patentable- de producto, corresponde examinarla como “questio iuris” en el recurso de casación. La polémica específica suscitada acerca de que no existe el producto de similares características del demandado porque no se ha realizado ningún acto de explotación -fabricación, comercialización, importación- como la propia Sentencia recurrida reconoce, con la consecuencia de que si no hay producto no se ha cumplido uno de los hechos constitutivos, carece de consistencia porque la autorización de comercialización

del medicamento genérico (EFG) recae sobre un producto plenamente identificable. Y finalmente, no resulta serio negar que la sentencia recurrida omite la prueba de las "similares características" de los dos productos, cuya carga corresponde a la parte actora, porque en el fundamento de derecho quinto se razona adecuadamente al respecto, sin que corresponda a dicha demandante acreditar la coincidencia en el procedimiento de fabricación, pues, habida cuenta la innegable similitud de los productos, era la demandada la que tenía que acreditar haber seguido un procedimiento diferente de fabricación, lo que según se razona en el propio fundamento, en relación con las reivindicaciones de la patente ES 2.063.219 expuestas en el fundamento de derecho tercero, no ha sucedido.

Por último debe resaltarse, en relación a la alusión de inexistencia de infracción, que es un tema ajeno a este recurso por infracción procesal.

Por todo ello el motivo decae.

**CUARTO.-** La desestimación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva:

a) La declaración de no haber lugar a este recurso.

b) La imposición de las costas causadas a la parte recurrente (art. 398.1 en relación con el 394.1 LEC).

c) Que proceda examinar el recurso de casación (Disposición Final 16ª, 1, regla 6ª LEC).

2º Recurso de casación.

**QUINTO.-** Del cúmulo de alegaciones del recurso de casación se deduce el planteamiento de dos cuestiones fundamentales, y, caso de estimación del planteamiento de la primera y principal, se suscitara el análisis de otras cuestiones no menos importantes pero subordinadas. La primera cuestión, básica, se refiere a la impugnación de que la patente de la parte actora ES 2.063.219 no es una patente de procedimiento sino de producto. La segunda cuestión se relaciona con la condena a la publicación de la sentencia y si ello supone infracción del art. 63 f) de la LP y es opuesta a la doctrina jurisprudencial.

**SEXTO.-** En el motivo primero del recurso se alega la infracción de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y la Reserva hecha por España del art. 167.2 (a) del Convenio de la Patente Europea sobre la prohibición de patentar en España productos químicos y farmacéuticos antes del 7 de octubre de 1.992, con errónea aplicación del art. 50 b) de la LP ya que la patente cuya protección se invoca en la demanda no protege un procedimiento en el sentido establecido por la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª (SS. 3 de marzo de

1.986 y 28 de abril de 2.005), toda vez que lo que protege es un producto farmacéutico. Las diversas alegaciones del motivo se resumen en que la sentencia incurre en el error de aceptar que la patente ES 2.063.219 de GOEDECKE es válida porque reivindica un verdadero procedimiento, con lo que obvia la doctrina jurisprudencial de que la mezcla o yuxtaposición de elementos no protege un procedimiento sino un producto.

Como acertadamente señala la sentencia recurrida las patentes de procedimiento tienen por objeto una sucesión de operaciones encaminadas a la obtención de un resultado industrial, y todo procedimiento para la obtención de un producto químico o farmacéutico patentable viene determinado por tres elementos: la sustancia o sustancias básicas de que se parte; los medios de actuación sobre esas sustancias o "modus operandi" y el producto o resultado final. En tal sentido la Sentencia de esta Sala de 28 de abril de 2.005, núm. 339, y profusa doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del propio Tribunal Supremo (SS. 13 de octubre de 1.975; 13 de octubre de 1.982; 16 de julio de 1.988).

Para la parte demandada y recurrente en casación la patente de la parte actora se ajusta más a la definición de producto -que consiste en el "prototipo de una realidad, natural y que describe un cuerpo cierto objeto o cosa" (S. 21 de marzo de 1.988)- que de procedimiento, ya que se limita a describir simplemente la unión o yuxtaposición de elementos concretos, que son la gabapentina, que es el principio activo, con unos excipientes conocidos (lactosa monohidratada, almidón de maíz o talco) que no producen un producto final distinto del producto de partida. En la patente de la actora -se afirma- no hay descripción de "modus operandi", no consta ninguna serie de acciones, manipulaciones o condiciones necesarias para producir el producto, no existe referencia alguna de operaciones, condiciones, secuencias y valores que caractericen al procedimiento como tal.

El principio activo no altera sus propiedades, no se produce ninguna reacción físico-química por la mezcla; los excipientes se comportan de forma neutra; y no se trata de un procedimiento de estabilización. Y las sustancias de partida y el producto resultante son idénticos. En definitiva nos hallamos, según la recurrente-, ante una mezcla, yuxtaposición o dosificación que enmascara la protección de un producto; se ha patentado un producto enmascarado con una patente de procedimiento porque cuando se registró en España no cabía hacerlo de productos farmacéuticos y químicos. Para la resolución recurrida, del contenido de la reivindicación (art. 69 CPE de Munich) no resulta la idea de que se busque proteger un producto, sino que se trata

de un método para dotar de estabilidad a una preparación farmacéutica de gabapentina. Y añade que no obsta el hecho de que la patente se intitule "aminoácidos cíclicos exentos de lactama", no sólo ya porque se cuenta en las actuaciones con traducciones juradas (doc. 20 audiencia previa) de la redacción originaria de la patente como "procedimiento para la estabilización de una forma de preparación farmacéutica sólida de aminoácidos cíclicos", que debe prevalecer según el art. 70 de CPE, sino sobre todo porque el texto de la reivindicación va más allá de una mera mezcla de ingredientes; se produce una interacción química entre el producto auxiliar y el principio activo, precisamente la que el inventor busca para lograr la estabilidad del preparado final.

Y resume finalmente que se trata de un procedimiento sencillo..., sucinto, de interacción de ciertos excipientes con un principio activo de gabapentina de ciertos parámetros, siendo el proceso más seguido conocido para lograr gabapentina estable, lo que no impide que posteriores estudios logren dar con un proceso distinto para llegar al mismo resultado, lo que corresponderá demostrar a quien alegue haberlo encontrado. La gabapentina, según resulta de las actuaciones, es un aminoácido cíclico, especialmente apto para luchar contra patologías cerebrales y del sistema nervioso central, patentado por W. Lambert y que en 1.997 pasó al dominio público. Sin embargo, antes de mayo de 1.993 no pudo ser comercializado con éxito, porque tanto en la obtención de dicho principio activo como en su almacenaje se formaba una sustancia de cierta toxicidad llamada lactama y se generaba agua en la fórmula farmacéutica, que afectaba a la estabilidad de la especialidad.

La composición de la patente actora se encaminó a lograr evitar la inestabilidad; es decir, la esencia de la invención que se reivindica radica en ofrecer un método procedimiento en que partiendo de una gabapentina lo más pura posible, emplea determinados excipientes y logra una preparación farmacéutica estable.

La sentencia recurrida declara probado con base en las pruebas practicadas que con la composición empleada se produce una interacción química y se logra el resultado de un producto estabilizado. Se han producido unos estudios y esfuerzos de actividad inventiva para lograr la estabilización de una forma de preparación farmacéutica, que con anterioridad no se podía comercializar. El hecho de que se mezclen unos determinados excipientes en unas específicas dosis no excluye que se trate de un "modus operandi" (sucesivos productos intermedios y medios de actuación sobre los mismos) caracterizador del procedimiento como tal. Y la circunstancia de que los excipientes sean neutros,

en el sentido de que no degradan o alteran el principio activo, tampoco excluye un resultado final diferente en cuanto que, por razón del procedimiento concreto empleado se consigue un producto estabilizado, que puede ser almacenado y comercializado, lo que, como se dijo, no sucedía con anterioridad. No cabe, por consiguiente, aceptar la tesis de la parte demandada de que nos hallamos ante un "producto encubierto" o una "simple mezcla".

**SÉPTIMO.-** En el segundo motivo del recurso de casación se alega infracción del art. 63 f) de la LP y vulneración de la doctrina jurisprudencial que se recoge en las Sentencias de 5 de abril y 11 de julio de 2.000. El motivo se refiere al pronunciamiento de la resolución recurrida que condena a la publicación de la sentencia a costa de la demandada en los periódicos EXPANSION y EL PAIS. El mismo debe ser estimado porque el acuerdo de publicación no es de aplicación automática, y en el caso no se explica, ni siquiera se hace manifestación alguna, acerca de las razones o circunstancias que, ya en una perspectiva restitutoria, o ya de información al mercado, puedan justificar, o aconsejar, la publicación, sin que se puedan tomar en consideración hipotéticas nuevas circunstancias producidas extraprocesalmente durante la tramitación del proceso.

**OCTAVO.-** La estimación del motivo segundo conlleva la del recurso de casación, y por tal razón, y asimismo por existir las mismas serias dudas de derecho que apreció la resolución recurrida respecto del tema -si patente de producto o de procedimiento- que fue objeto de debate en el motivo primero, no procede hacer especial imposición de costas por dicho recurso (art. 398.2 LEC).

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

#### FALLO

**PRIMERO.-** Que desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Laboratorios Rubio, S.A. contra la Sentencia dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 17 de mayo de 2.006, en el Rollo número 696 de 2.004, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el mismo.

**SEGUNDO.-** Que estimamos parcialmente el recurso de casación interpuesto por la entidad referida contra la Sentencia mencionada de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de mayo de 2.006, en el sentido de suprimir el pronunciamiento relativo a la condena a publicar la demandada a su costa la sentencia en los periódicos EXPANSION y El País, manteniendo la

resolución en el resto, sin hacer especial imposición de costas por el recurso. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos

y firmamos. Antonio Salas Carceller.- Jesús Corbal Fernández.- Xavier O'callaghan Muñoz.- Rubricados.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

gencias por ella abiertas bajo el núm. 1341/1992.

Fruto también de esa transacción fue la aceptación por la entidad administrada por el acusado para que la Caixa entregase a esa comunidad de propietarios el resto del préstamo que ascendía a 115.457.000 ptas. (hecho probado trece).

Además la entidad administrada por el acusado entregó al dueño del solar las 54 fincas construidas ya en el edificio y la parte indivisa inhe- rente, dándose el dueño del solar por pagado (hecho probado duodécimo).

SEGUNDO.- Limitada la condena del recurrente al delito de apropiación indebida, conviene recordar algunas líneas esenciales de la doctrina que la Jurisprudencia ha venido indicado como delimitadoras de ese tipo delictivo en la modalidad denominada de distracción del dinero percibido por el autor.

Se trata de una modalidad típica, prevista en el art. 252 del Código Penal, en la que el comportamiento consiste en disponer de bienes que integran un patrimonio ajeno en perjuicio del titular de éste. El autor tiene atribuidas facultades de gestión de dicho patrimonio, derivadas de una relación en virtud de la cual surge en el autor la obligación de dar a lo recibido un fin determinado. Lo recibido puede venir constituido por dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial.

Por otro lado el elemento subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apoderarse de la cantidad dineraria recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas y el derecho del sujeto pasivo en orden a la entrega del dinero a quien se había acordado, o a la recuperación del mismo en otro caso. Es decir, en la deslealtad consciente y querida con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero (Sentencias del TS de 9 de octubre de 2009, 27 de enero del 2009 y 20 de noviembre de 2008).

Pero ha de resultar un perjuicio para ese destinatario de la cosa, que lo era conforme a lo pactado y a la relación jurídica de la que procede la recepción de la cosa.

También hemos señalado la diferencia de esta modalidad respecto de la de apropiación por el autor de lo que le fue entregado por título que exige su devolución. En tales supuestos la obligación de devolver o entregar, ya no puede referirse a lo mismo que se recibe que pasa a la propiedad del autor del delito receptor de dicho objeto, salvo excepciones. La segunda modalidad típica tiene como presupuesto la traslación legítima de dinero u otra cosa fungible que comporta para el receptor la adquisición de su propiedad, aunque

con la obligación de darle un determinado destino, según lo estipulado con el transmitente. Cuando de dinero se trata, y a causa de la extrema fungibilidad del mismo, su propiedad se ejerce mediante la tenencia material o física de los signos que lo identifican. En este segundo supuesto, la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al patrimonio propio, -puesto que por el simple hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó ingresado en él, si bien de forma condicionada-, sino en darle un destino diferente al pactado, irrogando un perjuicio a quien hizo la entrega el cual, en virtud del pacto tenía el derecho de que el dinero fuese entregado a quien se había estipulado en ese acuerdo o le fuera devuelto. (Sentencias núm. 782/2008 de 20 de noviembre, y núm. 162/2008 de 6 de mayo).

Desde otra perspectiva también difiere esta figura de la administración desleal en lo que concierne al modo en que ocurre el tránsito de la legítima posesión a la ilicitud del acto de distracción. Aquí el autor excede los poderes que se le habían otorgado para disponer de dinero del patrimonio administrado, produciendo de esa manera un perjuicio patrimonial a éste (Sentencia núm. 221/2008 de 9 de mayo).

Cuando se trata de los supuestos en los que la entrega del dinero tiene por finalidad la adquisición de una vivienda, todavía en fase de promoción o en construcción, también hemos dicho que incluso después de la derogación de la Ley 57/68, la entrega de cantidades a cuenta del precio no invertidas en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el constructor o promotor pueden ser objeto de la alternativa típica de la distracción de dinero del art. 252 Código Penal (STS de 29 de abril del 2008 y 2 de diciembre de 2009).

Es verdad, como hemos dicho en nuestras Sentencias núm. 145/2006, de 20 febrero y núm. 886/2003, de 20 junio que "...El Código Penal vigente, ha derogado, de forma expresa, el artículo 6 de la Ley 57/1968 de 27 de julio sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. El precepto indicado, con una técnica inadmisibles, consideraba la no devolución de las cantidades, como un delito de apropiación indebida, estableciendo un criterio automático, que repugna al principio de culpabilidad. En todo caso, conviene destacar, que el artículo, expresamente derogado, sólo hacía entrar en juego las disposiciones penales, en el supuesto de la no devolución de la totalidad de las cantidades anticipadas, dejando al margen del derecho punitivo los casos, en que se había terminado gran parte de la construcción y no se ha producido la apropiación de la totalidad de las cantidades recibidas, habiéndose invertido en gran parte, en lo previamente convenido y pactado."



2010/31685

TS Sala 2ª, Sentencia 18 marzo 2010. Ponente: D. Luciano Varela Castro

## Al no acreditarse la distracción del dinero percibido a un fin diverso Promotor de viviendas absuelto del delito de apropiación indebida

*Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de apropiación indebida. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, pues si la obra no fue abandonada, sino que se pactó una sucesión en la posición de promotores, que asumieron la gran mayoría de los adquirentes, que habían entregado el dinero que se dice distraído, a los que el inicial promotor entrega "todo lo que tenía", renunciando aquellos a toda reclamación, resulta, al menos, cuestionable afirmar simultáneamente que el fracaso de la promoción, así solucionado, se deba a la distracción de fondos percibidos para su financiación y no a la obtención de un valor inferior a lo invertido realmente.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primero de los motivos, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia la vulneración de los dispuesto en los artículos 252 y 250.1.1 y 6 del Código Penal.

Se argumenta por el recurrente que, respetando la declaración de los hechos probados, no puede afirmarse que se haya cometido el delito previsto en dichos preceptos.

Porque aquellos hechos probados proclaman que la cantidad entregada por compradores (163.701.128 ptas.) es inferior a la que se entregó por el solar (180.000.000 de Ptas., más la obligación de entregar 54 de las fincas construidas en el inmueble sobre el erigido).

Que, además del coste del solar, la entidad administrada por el acusado, había recibido de La Caixa, -entre 18 de noviembre de 1991, fecha de otorgamiento de escritura pública del préstamo concedido el 31 de octubre anterior, y agosto de 1992, fecha de paralización de las obras- un total de

535.500.000 ptas. Dicha entrega, aunque la declaración de hechos probados no lo exprese, se entiende que se hizo contra la presentación de certificación técnica de obra ejecutada. Parte incluso antes del otorgamiento citado, ya que con ocasión de éste ya se entrega 300.000.000 por la entidad financiera.

Que no consta que la empresa administrada por el acusado desapareciera, quebrase, ni siquiera que abandonase la ejecución de la obra de manera unilateral y definitiva. En efecto, se proclama probado que, a lo largo de 1993, tras las oportunas negociaciones, la entidad administrada por el acusado y una Comunidad de propietarios adquirentes del edificio en construcción, se transigió en términos tales que, entre otros particulares, incluía la entrega de la posesión por la entidad del acusado a dichos propietarios de la obra, cuya promoción asumieron dichos propietarios adquirentes (hecho probado once).

Fruto de dicho acuerdo, se desistió de una previa querrela y se acordó judicialmente el archivo de las dili-

**TERCERO.-** La Sentencia recurrida estima que el recurrente no dio al dinero recibido el destino que se asumía según la relación que mantenía con quienes hicieron la entrega.

Para llegar a tal conclusión parte de un hecho desde el cual, como base, infiere aquella falta de inversión de lo recibido pretendido con arreglo a lo pactado. Tal hecho indiciario se constituye por lo que denomina un desfase entre lo que la empresa administrada por el acusado había recibido y el total importe de varias partidas que constituyen lo que ha invertido en la obra.

Dado que dicha empresa ha recibido más de lo que había invertido en la citada obra, estima que ha ocurrido una apropiación punible (Fundamento Jurídico undécimo). Y que de ésta deriva para los propietarios que no transigieron un perjuicio de 21.201.128 ptas.

La tesis no puede ser compartida.

Una primera advertencia debe ser hecha: la afirmación de que existe un Desfase no es en realidad un hecho. Es una valoración de los datos empíricos que se proclaman, esos sí, verificados.

Sin embargo el análisis de tales datos no lleva necesariamente a la tesis de la recurrida. El dato fáctico esencial en la argumentación de la sentencia recurrida es la cifra que el informe pericial fija como "valoración global de la obra parcialmente ejecutada". En la medida que la cuantía de lo recibido es mayor que la de esa valoración, resultaría evidente que parte de lo recibido ha tenido una inversión ajena o diversa.

Un error se muestra en tal argumento: la confusión entre valor y precio. Y debemos recordar que una cosa es el valor que pericialmente se atribuye a la obra ejecutada y otra diversa el coste que pudo representar dicha ejecución. Solamente este último dato es el que habría de compararse con la cifra de lo recibido. El valor no pasa de ser un indicio del coste.

Pero el indicio es tanto más débil cuanto se depare en que el valor no aumenta sí, para el logro de la misma obra, se ha tenido que invertir sobrecostes que no redundan en un mayor valor del resultado obtenido.

Y sigue siendo débil si consideramos que la constructora que hubo de seguir la obra (Villanto S.A.). presupuestó -según el hecho probado- el resto de lo que faltaba (un 57%) en 443.708.272 ptas., siquiera se matice, aunque sin explicación alguna, que el precio final fuera sensiblemente inferior. Y ese coste lo era solamente "de obra". Así pues el 43% de solamente obra habría de suponer un coste de 334.727.292 Ptas., que supera ampliamente los 280.000.000 de valor estimado para ese porcentaje de la

obra ejecutada según el informe pericial asumido en la sentencia.

Además el comportamiento desleal habrá de acreditarse que obedece al componente subjetivo de que el autor pretendió burlar las expectativas y derechos del sujeto pasivo de la apropiación que se le imputa. Excediéndose en las facultades que se le suponen conferidas, y, además, con efectivo perjuicio, es decir que la decisión de causar la distracción debe revestirse de persistencia, es decir que ésta debe responder a un propósito definitivo de dedicar el dinero a otros fines.

Casa mal la afirmación de ese elemento subjetivo, de definitiva voluntad de distracción, con la afirmación que efectúa la sentencia para excluir la condena por estafa. Según el fundamento jurídico sexto ocurrieron "acontecimientos sobrevenidos e inesperados que frustraron un negocio civil..." Añadiendo incluso que la frustración del negocio no fue absoluta sino relativa, ya que la promotora, administrada por el acusado, llegó a una transacción con entrega de todo lo que tenía "para que la obra pudiera terminarse", como así como se hizo.

Si la obra no fue abandonada, sino que se pactó una sucesión en la posición de promotores, que asumieron la gran mayoría de los adquirentes, que habían entregado el dinero que se dice distraído, a los que el inicial promotor entrega "todo lo que tenía", renunciando aquellos a toda reclamación, resulta, al menos, cuestionable afirmar simultáneamente que el fracaso de la promoción, así solucionado, se deba a la distracción de fondos percibidos para su financiación y no a la obtención de un valor inferior a lo invertido realmente.

Ciertamente el acuerdo no se extendió a la totalidad de los adquirentes que habían entregado cantidades. Quedaron fuera del acuerdo dos adquirentes de viviendas y cinco de locales. El importe por ellos entregado fue de 127.421, 35 euros.

La sentencia recurrida nada dice, como hecho probado, sobre los términos del contrato de estos concretos adquirentes. Ni, menos aún, sobre la suerte de sus expectativas. Sin embargo en sede de responsabilidad civil resuelve que se le haga entrega de las cantidades que ellos habían adelantado por razón del contrato. Se supone -ya que nada se argumenta al respecto- que se ordena esa devolución porque, siquiera de manera implícita, se da por resuelto el contrato. No obstante, la indicada carencia del relato histórico, y también de la fundamentación jurídica, impide conocer si esa resolución era procedente. Tanto más cuanto que la sentencia afirma (fundamento jurídico sexto in fine) que la obra fue finalizada.

Lo anterior acarrea otra consecuencia: si la obra ejecutada por la

empresa del acusado, antes de paralizarla y llegar a un acuerdo transaccional con los demás propietarios, ascendía a una cantidad superior, muchas veces múltiplo, del dinero entregado por los que no accedieron a aquella transacción, mal puede determinarse que las entregas de éstos no fueran invertidas conforme a lo pactado.

En cuanto al dinero entregado por los que transigieron tampoco cabe afirmar que se fuese dispuesto con infracción de la relación que les unía al acusado, ya que ellos mismos convinieron en darse por satisfechos en el acuerdo transaccional con respecto de sus derechos derivados de tal relación.

Menos aún cabe proclamar que los eventuales incumplimientos por el acusado, de las obligaciones derivadas de esas relaciones con los adquirentes, fueran más allá del retraso, y, no solo tuvieran por causa la distracción del dinero respecto al destino pactado, sino que fueran definitivos en sus efectos.

Pero es que, en definitiva, y ello bastaría, la propia sentencia en sede de hechos probados concluye (hecho decimosexto), y para establecer las consecuencias de estimar que el acusado recibió más dinero que el que consta invertido en la obra, con la siguiente afirmación: "sin que se acredite que el desfase existente a favor de la mercantil representada por el acusado y que se concreta en 580.924, 29 euros (96.657.669 Ptas.) se invirtiera en la señalada obra".

Pues bien, lo que el tipo delictivo exige como presupuesto fáctico es que sí conste que el dinero percibido fue efectivamente destinado a un fin diverso de la construcción de la obra.

En resumen, ya por falta de la acreditación de esa distracción y del perjuicio definitivo, ya por falta del elemento subjetivo necesario, no cabe tener por concurrente el comportamiento constitutivo del delito imputado.

Lo que lleva a la estimación de este motivo del recurso, sin necesidad de examen de los demás.

**CUARTO.-** La estimación del recurso lleva a declarar de oficio las costas del mismo conforme al art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación infracción de ley, interpuesto por Casimiro, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Albacete, con fecha 1 de julio de 2009, que le condenó por un delito de apropiación indebida; casando y anulando la citada sentencia con declaración de oficio de las costas derivadas de este recurso.

Comuníquese dicha resolución y la que a continuación se dicte a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Maza Martín.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Saavedra Ruiz.- Luciano Varela Castro.- Siro Francisco García Pérez.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de marzo de dos mil diez.

En la causa rollo núm. 16/07 seguida por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Albacete dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 117/06, incoado por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Albacete, por delitos de estafa y apropiación indebida, contra la entidad "Ibercivil, S.A." y Casimiro de nacionalidad española, con DNI núm. 000, natural de Asturias, nacido en Villamarcel, el día 27-09-1938, hijo de Valentín y de Palmira, con domicilio en La Felguera, Langreo (Asturias), calle dirección 000, núm. 001 - núm. 002, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 1 de julio de 2009, que ha sido recurrida en casación por el procesado, y ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

#### ANTECEDENTES

**ÚNICO.-** Se admite la declaración de hechos probados.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** No obstante la declaración de hechos probados, por las razones que dejamos expuestas en la anterior sentencia no son constitutivos de delito.

En efecto los hechos probados afirman que existe un desfase entre lo recibido y lo que consta invertido en la obra y más particularmente se concluye "sin que se acredite que el desfase existente a favor de la mercantil representada por el acusado y que se concreta en 580.924, 29 euros (96.657.669 Ptas.) se invirtiera en la señalada obra".

Pues bien la presunción de inocencia exige no tanto la falta de prueba de actuación lícita como la prueba de comportamientos que sí son ilícitos.

Por ello debemos declarar que los hechos no son constitutivos del delito de apropiación indebida del que absolvemos al acusado.

#### PARTE DISPOSIVA

Fallamos; Que debemos absolver y absolvemos a Casimiro, del delito

de apropiación indebida por el que venía condenado con declaración de oficio de las costas de la instancia y dejando sin efecto la condena por el concepto de responsabilidad civil a la que venía sometido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Maza Martín.- José Ramón Soriano Soriano.-

Juan Saavedra Ruiz.- Luciano Varela Castro.- Siro Francisco García Pérez.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

contraste fuera de jubilación, y también que en el primer caso el trabajador estuviera afiliado al Régimen General de la Seguridad Social y en el segundo al Especial de Estibadores Portuarios, pues lo trascendente es que en ambos supuestos se trataba de trabajadores que habían ejercido el derecho fundamental de huelga durante el período legal a tener en cuenta para fijar la base reguladora de sus respectivas pensiones, y que en un supuesto se aplicó para su cálculo la norma del art. 140.4 de la LGSS y en el otro no. Y como quiera que asimismo el escrito de interposición del recurso cumple -por más que sea mínimamente- las exigencias del art. 222 de la LPL, se está en el caso de entrar en el tratamiento y decisión del fondo de dicho de dicho recurso, en cuyo único motivo se citan como infringidos el art. 28.2 de la Constitución española (CE) y el art. 140 (sin especificar apartado alguno) de la LGSS, citando asimismo la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 48/1991 de 28 de febrero.

SEGUNDO.- Hemos de comenzar por decir que el art. 28.2 de la CE -que reconoce el derecho a la huelga como uno de los derechos fundamentales- no puede haberse infringido, al menos de manera directa, pues la resolución combatida no ha puesto en duda la licitud del ejercicio de tal derecho, sin perjuicio de la influencia que dicho ejercicio pueda tener sobre la forma de calcular la base reguladora de la prestación que nos ocupa, por lo que el tema de debate versa acerca de si el criterio seguido para el cálculo de dicha base ha sido o no correcto, esto es: si ha menoscabado en alguna medida el ejercicio del mencionado derecho fundamental.

El apartado 4 del art. 140 de la LGSS establece: "Si en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora (de la pensión de incapacidad permanente por enfermedad común) aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años.-

En los supuestos en que alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista solo durante una parte del mismo, procederá la integración señalada en el párrafo anterior, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía".

Ambas partes están de acuerdo en que el INSS ha calculado la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente del recurrente apli-

cando correctamente el precepto transcrito. Pero la controversia estriba en que, mientras la resolución combatida entendió -igual que la Entidad Gestora- que el legítimo ejercicio del derecho de huelga durante 20 días por parte del recurrente no debe afectar de ningún modo a lo normado en el art. 140.4 de la LGSS, el recurrente, en cambio, sostiene que la inexistencia de la obligación de cotizar ("ex" art. 6.3 del Real Decreto Ley 17/1977) impone el deber de aplicar la llamada "doctrina del paréntesis" aplicada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en determinados supuestos, y para ello invoca -igual que la resolución referencial- la doctrina sentada en la STC de 28 de febrero de 1991.

Dicha Sentencia otorgó el amparo a unos trabajadores que pretendían extender, a la situación de huelga legal en la que se habían encontrado, la retroacción establecida a la sazón por el art. 3.5 del Real Decreto 625/1985 (entre cuyos supuestos de retroacción no se contemplaba expresamente la huelga, aunque sí otras -excedencia forzosa, elección para cargo público o sindical, servicio militar, etc.- que podían ser asimilables a ella, y que ni siquiera eran constitutivas de derechos fundamentales), por lo que el Tribunal Constitucional entendió que el citado art. 3.5 del Real Decreto 625/1985 debía interpretarse en el sentido más favorable a los derechos fundamentales al efecto de determinar el período de prestación por desempleo al que los trabajadores tenían derecho en función del tiempo realmente cotizado.

Sin embargo, la aludida doctrina constitucional no resulta aplicable al supuesto que enjuiciamos, pues aquí no se trata de extender al ejercicio del derecho de huelga determinados supuestos de retroacción de cotizaciones que estén contempladas en una norma legal o reglamentaria, y que pudieran ser asimilables a dicha situación, ni tampoco se trata de que la posible retroacción tuviera influencia en la duración del período al que debiera extenderse la prestación (allí de desempleo), pues, en primer lugar, el art. 140.4 LGSS no establece ningún supuesto de retroacción del periodo de cotización a tener en cuenta para el devengo de la pensión de incapacidad permanente; y, en segundo término, esta prestación tiene, por regla general y por su propia naturaleza, carácter vitalicio. Por su parte, la STC 13/1984 de 3 de febrero contempló un supuesto en que al trabajador le faltaba un solo día de cotización para el devengo de la prestación por desempleo, falta ésta que era debida al ejercicio del derecho de huelga.

En este caso, el Tribunal Constitucional denegó el amparo, argumentando (F.J. 4º), entre otros razonamientos: "En cuanto a la falta de asimilación del día de huelga a día cotizado, tampoco cabe apreciar inconstitucionalidad alguna, cualquiera



2010/133555

TS Sala 4ª, Sentencia 25 mayo 2010. Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

Inaplicación de doctrina del paréntesis

## Efectos sobre base reguladora de IPT del ejercicio del derecho de huelga

*Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante, afecto de IPT por enfermedad común, frente a sentencia que le denegó la aplicación de la doctrina del paréntesis a la base reguladora de su pensión. Se basa el recurrente en que durante los veinte días que ejerció su derecho de huelga no existía obligación de cotizar y, por tanto, no debería haberse completado ese tiempo con las bases mínimas, como hizo el INSS, sino que debería haberse aplicado la mencionada doctrina. Rechaza la Sala esta aplicación por no reunirse los requisitos para ello ya que la IP del recurrente no va precedida de una antigua situación de invalidez; no es una situación prolongada y, por último, la exención del deber de cotizar, por más que corresponda al ejercicio de un derecho fundamental, el de huelga, no es ajena a la voluntad del interesado, sino puramente voluntaria.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación para la unificación de doctrina ha sido interpuesto contra la Sentencia dictada el día 31 de marzo de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, y a su través pretende el actor recurrente que se aplique la llamada "teoría del paréntesis" a la fijación de la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente que tiene reconocida. Se apoya para ello en que ejerció el derecho de huelga durante 20 días en el periodo legalmente computable, habiéndose aplicado por el INSS a dicho periodo las bases mínimas. La reseñada Sentencia recurrida rechaza la pretensión argumentando que si durante el periodo de huelga no existe obligación de cotizar conforme al art. 106.5 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), el INSS aplicó correctamente al caso el art. 140.4 del propio Texto legal. Como resolución de contraste ha elegido el recurrente la Sentencia dictada el día 1 de octubre

de 2004 por la homónima Sala con sede en Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, firme ya al recaer la recurrida. La resolución referencial, en un supuesto de fijación de la base reguladora de una pensión de jubilación de un trabajador portuario al que el INSS no le había aplicado la "teoría del paréntesis", decidió aplicársela, bajo el razonamiento de que del ejercicio del derecho fundamental de huelga no pueden derivarse consecuencias perjudiciales que no aparecen previstas en las normas aplicables. De lo relatado se desprende que -tal como sostiene el Ministerio Fiscal- las dos resoluciones en presencia son contradictorias, porque entre ellas concurren todas las identidades sustanciales requeridas por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) -hechos, peticiones y causas de pedir-, pese a lo cual, en cada caso recayeron decisiones de signo divergente. Resulta irrelevante al respecto el hecho de que en el caso de la recurrida la prestación sea de incapacidad y en la de



que sean sus efectos, pues no resulta lógico desviar hacia el Estado las consecuencias de conductas que se desenvuelven en el ámbito de las relaciones entre particulares y pretenden obtener la satisfacción de intereses también privados". Y en el párrafo siguiente añade que "no existe principio que constitucionalmente obligue a ello, siendo la suspensión de la cotización, y las consecuencias a ella vinculadas, efecto de un principio razonable que no constituye sino uno de los sacrificios ligados al ejercicio del derecho que, junto con la pérdida de la retribución, delimitan la posición del trabajador en huelga". Así pues, la pretensión del recurrente no puede obtener apoyo en la doctrina constitucional, por lo que habrá de verse ahora si lo tiene o no en la de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y a ello atenderemos a continuación.

**TERCERO.-** La llamada "doctrina del paréntesis" ha sido aplicada por esta Sala para evitar perjuicios excesivos para los beneficiarios, que se derivaban de la imposibilidad, o de la extrema dificultad, en que se encontraban algunos trabajadores para acreditar las denominadas "carencias cualificadas" exigidas por el art. 138 de la LGSS cuando procedían de la antigua situación de invalidez provisional; y consiste en calcular la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente -cuando en el periodo de cotización legalmente exigido existe un largo periodo de tiempo en el que no hubo obligación de cotizar, como sucedía en los aludidos supuestos de invalidez provisional- partiendo del día inmediatamente anterior al momento en que se produjo la situación que dio lugar a la exención del deber de cotización. Un supuesto de aplicación de esta doctrina lo constituyó nuestra Sentencia de 7 de febrero de 2000 (rec. 109/99), votada en Sala General, que ordenó calcular la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente de un trabajador que procedía de la expresada situación de invalidez provisional comenzando a contar las cotizaciones desde el día inmediatamente anterior al momento en que se produjo dicha situación. Se apoyó para ello en la falta de concreción del concepto "hecho causante" utilizado en los arts. 138 y 140 de la LGSS, y, como consecuencia de ello, en "evitar imponer al solicitante un perjuicio no justificado por un hecho que no le resulta imputable y en virtud de la utilización por parte de la ley de un término equívoco", de lo que se deduce que la Sala requería que, para la aplicación de la mencionada doctrina, habrían de concurrir dos requisitos:

a) Un periodo prolongado durante el que no hubiera habido obligación de cotizar.

b) Que la situación de exención del deber de cotizar fuera ajena a la voluntad del interesado, requisitos ambos que se daban en la antigua si-

tuación de invalidez provisional, que podía extenderse hasta un periodo de cuatro años. Esta doctrina -que recayó a propósito de una situación anterior a la Ley 42/1994 - fue matizada por la Sentencia de 1 de octubre de 2002 (rec. 3666/01), votada asimismo por el Pleno de la Sala. Señaló ésta (FJ 3º) que "el -paréntesis- en cuanto eliminación de un periodo de cómputo, que se sustituye por otro anterior, queda referido exclusivamente a la situación de invalidez provisional y, en su caso, a las prórrogas del artículo 131 bis 2 de la Ley General de la Seguridad Social ". Haciendo descender esta doctrina al caso aquí enjuiciado, debe llegarse a la conclusión en el sentido de que no procede en él aplicar la doctrina del paréntesis, por diversas razones:

a) La incapacidad permanente que aqueja al recurrente no ha estado precedida de la antigua situación de invalidez provisional.

b) La situación de huelga en la que se mantuvo durante el periodo a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la prestación, no ha sido prolongada, toda vez que, en total, ha durado 20 días.

c) La exención del deber de cotizar, por más que corresponda al ejercicio de un derecho fundamental como es el de huelga, no es ajena a la voluntad del interesado, sino puramente voluntaria, como corresponde al ejercicio de cualquier derecho.

**CUARTO.-** De lo hasta aquí razonado se desprende que la Sentencia recurrida se atuvo a la buena doctrina, por lo que procede la desestimación del recurso, tal como asimismo dictamina el Ministerio Fiscal en su detallado y bien fundado informe. Sin costas (art. 233.1 LPL), por tener reconocido el recurrente el beneficio de justicia gratuita.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D. Marco Antonio contra la Sentencia dictada el día 31 de marzo de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en el Recurso de suplicación 2672/08, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 15 de febrero de 2008 pronunció el Juzgado de lo Social número diez de Valencia en el Proceso 385/06, que se siguió sobre incapacidad permanente, a instancia del mencionado recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y otros. Sin costas. Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legisla-

tiva, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- Jesús Gullon Rodríguez.- José Luis Gilolmo López.- Juan Francisco García Sánchez.- María Lourdes Arastey Sahun.

**Publicación.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Juan Francisco García Sánchez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2010/122404

TS Sala 4ª, Sentencia 7 mayo 2010. Ponente: D. José Luis Gilolmo López

### Multa a empresa por temeridad ante incomparecencia a conciliación

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada contra sentencia que le impuso una multa por temeridad ante su falta de asistencia al acto conciliatorio.*

*Según la Sala, el legislador ha establecido de forma expresa y clara en el art. 63,3 LPL, la consecuencia sancionadora en caso de incomparecencia, reforzando así la obligatoriedad de asistencia, ante la falta de justificación.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. El objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si la injustificada incomparecencia al preceptivo acto de conciliación administrativa de la parte que, a la postre, ha resultado condenada en lo esencial en el posterior proceso judicial, debe -o no- acarrear también la automática consecuencia de una condena pecuniaria -y su alcance en su caso- por temeridad o mala fe a dicha parte demandada.

2. La empresa demandada y condenada en estas actuaciones interpone el recurso de casación unificadora contra la STJ del País Vasco de 21 de abril de 2009 (R. 274/09). En dicha sentencia se estimó el recurso de suplicación formulado por el trabajador frente a la resolución de instancia. El Juzgado de lo Social había estimado su demanda en lo esencial y había declarado la improcedencia del despido del que había sido objeto el 1 de febrero de 2008, condenando a la empresa "ICTS Hispania SA" en los términos del art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, pero sin apreciar temeridad o mala fe pese a su incomparecencia al acto de concilia-

ción administrativa, al que había sido citada en forma legal (hecho probado decimoquinto). El único objeto del recurso de suplicación interpuesto exclusivamente por el trabajador despedido, con denuncia de la vulneración del art. 66.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), iba encaminado, precisamente, a lograr esa condena por temeridad.

La Sala de lo Social del TSJ acoge favorablemente dicho recurso e impone a la citada empresa una multa por temeridad de 300 euros, así como la obligación de abonar otros 300 € por los honorarios del Letrado del actor, porque, según resume la propia resolución ahora impugnada, "la confirmación de la pretensión de la demanda concordante con la esbozada en las conciliaciones previas, hacen que el empecinamiento de la demandada deba provocar que la valoración jurídica y judicial avoque a la declaración adjetiva y condenatoria añadida que nos pide la recurrente". La sentencia impugnada, aunque, como vimos, refuerza su decisión en lo que califica como "empecinamiento" de la empresa, también acepta la condena por temeridad en razón a que los preceptos en cuestión (arts. 66.3 y 97.3 LPL) "suponen ciertamente la posibilidad de apreciar la conducta negativa en el caso y supuesto de la demandada empresarial, que por su falta procesal que es apreciada por este Tribunal, exige la inclusión de multa por temeridad en cuantía que delimitaremos en 300 euros, así como otros 300 de honorarios, máxime cuando los preceptos jurídicos confirman la existencia y posibilidad de dicha percepción de multa y honorarios en supuestos en que la pretensión esgrimida por el demandante coincide esencialmente con la resuelta por el Juzgado".

3. La empresa recurrente denuncia ahora la infracción de los arts. 66.3 y 97.3 de la LPL y aporta, como sentencia de referencia para la contradicción, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 29 de octubre de 2003 (R. 4851/03), en la que, en un procedimiento por despido declarado improcedente, pese a que se desestima el recurso de suplicación empresarial en lo atinente a tal calificación y a sus consecuencias, se deja sin efecto la multa por temeridad y la condena al abono de los honorarios del Letrado del actor impuesta en la instancia a la empresa condenada porque, al entender de aquella Sala, en síntesis, "las razones expuestas por el juez a quo no justifican la imposición de tales gravámenes".

Según nos explica la sentencia de contraste, fueron dos los motivos de esa decisión de instancia: que la empresa no compareció al acto de conciliación extrajudicial; y que se habían imputado al trabajador despedido unos hechos que no fueron objeto de expediente contradictorio previo. La Sala de Cataluña considera que "nin-

guna de ambas razones permite entender que la demandada haya actuado con temeridad o mala fe” y, en concreto, respecto al único problema que hemos de resolver en el presente recurso de casación unificadora (la imposición de la multa), sostiene que “la no comparecencia al acto de conciliación extrajudicial es un derecho del demandado que no perjudica los intereses del demandante, ni supone una actuación temeraria o fraudulenta, realizada con ánimo torticero de manipular el desarrollo del proceso. En realidad (concluye) no tiene relevancia en el posterior devenir del procedimiento judicial, ni se causa con ello indefensión o perjuicio al actor, que dispone si cabe incluso de una mejor posición procesal”.

4. Como ya adelantamos, la única cuestión controvertida es la relativa a determinar si la -en principio- injustificada incomparecencia al acto de conciliación administrativa debe conducir obligatoriamente a la condena de una multa por temeridad, sin que se plantee de forma adecuada, porque el recurso nada especifica al respecto, el tema de los honorarios del letrado que, por ello, ha de quedar al margen de nuestro análisis; ese problema concreto tampoco se aborda en la resolución referencial, por lo que falta también la cita de la necesaria sentencia de contradicción.

En el particular extremo de la multa, la contradicción, en los términos que exige el art. 217 de la LPL, parece evidente porque, siendo sustancialmente coincidentes las situaciones de hecho comparadas (en ambos casos se presentaron demandas por despido, no comparecieron las empresas al acto de conciliación ante el correspondiente servicio administrativo, pese a constar legalmente citadas, y las pretensiones se estimaron en lo esencial porque los dos despidos se declararon improcedentes), una sentencia (la recurrida) entiende que la estimación de la demanda conduce a su imposición, mientras que la otra (la referencial) deja sin efecto tal condena por considerar, no que se haya justificado la ausencia, sino que la mera incomparecencia sin causa no determina la actitud temeraria o fraudulenta y no perjudica los intereses del demandante ni le origina indefensión.

Nótese que la contradicción se produce, sobre todo, porque la sentencia de contraste, sin contener razonamiento alguno sobre una hipotética justificación concreta de la incomparecencia empresarial, o bien parece exigir un plus probatorio para poder apreciar la actitud temeraria o contraria a la buena fe del demandado, o bien encuentra justificada la ausencia por la falta de daño o perjuicio al actor. Por el contrario, la resolución impugnada, aunque admite la posibilidad de justificar la incomparecencia, ante la falta de justificación específica, aplica la temeridad a la que se refiere el art. 66.3 de la LPL. Así pues, el hecho de que las

sentencias comparadas mantengan criterios diferentes al respecto hace necesario aceptar que concurre la contradicción requerida por el art. 217 de la LPL, y se impone como necesaria la unificación de doctrina sobre la indicada cuestión.

SEGUNDO.- 1. La sociedad anónima recurrente sostiene que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el art. 66.3, en relación con el 97.3, de la LPL, con apoyo en el criterio mantenido por la sentencia de contraste y con el argumento, en esencia, de que “el acto de conciliación previa, no es de carácter judicial, si no (sic) administrativo y no es obligatorio para la parte demandada acudir al mismo, por lo que no puede hablarse de una falta procesal siendo además que como se indica en la Sentencia de contraste, es una conducta que no interfiere en el desarrollo del proceso ni incide de manera que, el hecho en sí, menoscabe derecho alguno de la parte actora”. El actor se opone a tal conclusión y el Ministerio Fiscal también considera improcedente el recurso.

2. Y, en efecto, el recurso debe ser desestimado porque la buena doctrina se contiene en la sentencia recurrida.

Esta Sala ya tuvo ocasión de recordar que “la conciliación regulada en los artículos 63 y siguientes de la ley de Procedimiento Laboral es susceptible de una triple consideración:

a) Como una actividad ordenada a una solución del conflicto con evitación del litigio.

b) Como un contrato-transacción cuando la conciliación llega a término.

c) Como un presupuesto procesal (...); la ley exige...la celebración de la conciliación(.) propiciando que las partes acudan al acto de celebración. A esta finalidad va orientado el artículo 66 de la ley de Procedimiento Laboral que en su número 1 establece la obligación de los litigantes de asistir al acto de conciliación y los números 2 y 3 previenen las consecuencias adversas para el solicitante y para la otra parte de una inasistencia injustificada “(TS 17-2-1999, R. 1457/98). Y aunque con respecto al solicitante no cabe una interpretación desproporcionada de los motivos que puedan dar lugar a rechazar una justa causa como razón de la incomparecencia, puesto que, para él, a diferencia de lo que normalmente sucede con el demandado, la consecuencia legalmente prevista (“se tendrá por no presentada la papeleta, archivándose todo lo actuado”: art. 66.2 LPL) puede llegar a afectar a su derecho a la tutela judicial efectiva (puede verse al respecto la STC 350/93, de 22 de noviembre), y tal trascendental afectación no tiene por qué darse, como con acierto sostiene la sentencia de contraste, en el caso de incomparecencia de la parte

demandada (la empresarial en este supuesto) al acto de conciliación, lo cierto es que ha sido el propio legislador quién, en el art. 63.3 de la LPL, ha establecido de forma expresa y clara (sin duda para dar mayor eficacia a la declaración de obligatoriedad de asistencia a la conciliación que proclama el núm. 1 del mismo precepto) la mencionada consecuencia sancionatoria.

La consecuencia, pues, ha de ser prácticamente automática; pero tal efecto, que, como vimos, se produce por mandato legal expreso (“deberá”, dice el precepto y dicho término significa, según el DRAE, estar obligado a algo por ley), no es la mera secuela o el simple resultado de la incomparecencia del demandado al acto de conciliación, al que, por supuesto, hubo de ser debidamente citado, sino que, además, y sobre todo, es el producto o consecuencia de la falta de justificación de dicha ausencia.

Esa justificación podrá hacerse valer ante el órgano administrativo conciliador y éste habrá de tomar las medidas que considere necesarias o convenientes al respecto, pero el lugar adecuado para hacerlo será, desde luego, ante el órgano jurisdiccional y mediante cualquier prueba válida y eficaz en derecho. Será, pues, el órgano judicial (primero el de instancia y luego el competente para atender las eventuales impugnaciones planteadas) el que deberá pronunciarse sobre la concreta justificación de aquella ausencia y, en función de su resultado, apreciar o no la temeridad o mala fe para, en definitiva, imponer o no la correspondiente sanción. Se trata, en fin, de una automaticidad relativa, no absoluta, porque siempre cabe la intervención y la ponderación judicial sobre las causas que, de existir, podrían justificar la ausencia. “Justa causa” y “justificación” son términos sinónimos, es decir, también según el DRAE, vocablos o expresiones con una misma o muy parecida significación.

Llegados a este punto, pese a lo razonado más arriba, podría ser dudosa la contradicción entre las resoluciones comparadas porque tal vez la sentencia de contraste encuentre justificada la ausencia de la empresa por la falta de gravamen que esa conducta produce en el actor. Pero, a nuestro entender, el bien jurídico que el legislador ha querido proteger con la medida sancionadora no se encuentra sólo en la esfera de los derechos individuales de quien interpone una papeleta de conciliación, sino en el interés público de dotar de eficacia al mecanismo administrativo de conciliación. Desde esta perspectiva luce con claridad, no sólo la contradicción de las soluciones otorgadas por las sentencias sometidas al juicio de identidad, sino también que la doctrina que mejor se compadece con la norma aplicable es la adoptada por la resolución aquí impugnada

porque en ella, analizando la hipotética justificación en la ausencia de la empresa, se llega a la conclusión de que carecía de motivo alguno que la justificara.

La única consecuencia negativa querida por el legislador no es sino la apreciación de temeridad y la consiguiente condena pecuniaria (que no afecta al derecho fundamental a la tutela judicial del art. 24.1 CE porque ésta siempre puede obtenerse en este extremo si se justifica adecuadamente la ausencia), y con ello se trata de lograr, entre otras cosas, el razonable objetivo de evitar en lo posible la excesiva proliferación de procesos judiciales. No obstante, aún teniendo muy presente esta loable finalidad (la evitación del pleito), parece claro que, aún así, la parte demandada ante el órgano administrativo conciliador, en algunas ocasiones, puede tener razones que motiven y justifiquen su incomparecencia en ese trámite. La ponderación o valoración de esa extraordinaria justificación, en la medida que la conciliación constituye un presupuesto procesal, “corresponde siempre decidirlo al órgano judicial” (TS 17-2-1999, R. 1457/98). Por todo ello, partiendo por supuesto de que había sido legalmente citada a aquella conciliación y que su asistencia a la misma era obligatoria, la sentencia aquí impugnada impone acertadamente a la empresa condenada (ponderando su cuantía) la multa previstas a tales efectos en el art. 62.3 de la LPL.

TERCERO.- De los argumentos anteriores se desprende la necesidad de confirmar la sentencia recurrida, en el único punto que ha sido objeto de nuestro análisis, por ser conforme con la adecuada interpretación de la normativa de aplicación al presente recurso, lo que lleva consigo la correspondiente desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, y la condena de la entidad recurrente a la pérdida del depósito para recurrir y al pago de las costas de conformidad con lo dispuesto en los arts. 226.2 y 233 LPL respectivamente.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Ictis Hispania, SA contra la sentencia dictada el 21 de abril 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco..., en recurso de suplicación núm. 274/09, interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Vitoria, en autos núm. 271/08, seguidos a instancias de D. Álvaro contra Ictis Hispania, S.A. y Sabico Seguridad, S.A., sobre Despido. Confirmamos la sentencia recurrida en todos sus pronuncia-



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2875

Madrid, 28 de septiembre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

mientos. Se condena al recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso, así como a la pérdida del depósito constituido para recurrir; debiendo darse a las cantidades consignadas el destino legal. Devuélvanse las actuaciones al Ór-

gano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, manda-

mos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- José Luis Gilolmo López.- José Manuel López García de la Serrana.- Manuel Ramón Alarcón Caracuel.- Rosa María Viroles Piñol. Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publica-

da la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis Gilolmo López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



2010/113266

TS Sala 1ª, Sentencia 25 mayo 2010.  
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Cosa juzgada en relación a reclamación por invalidez permanente derivada de accidente de circulación

El TS declara no haber lugar al rec. extraordinario por infracción procesal confirmando la sentencia impugnada que estimó sólo parcialmente la demanda condenando a la entidad aseguradora demandada a indemnizar al actor por la invalidez permanente total derivada del accidente de circulación sufrido por éste considera la AP la existencia de cosa juzgada en relación con el punto controvertido relativo a la incidencia del accidente en las secuelas definitivamente padecidas, operada por la sentencia firme dictada en los autos seguidos por otra demanda que presentó de reclamación de cantidad con fundamento en una póliza de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y que reconoció la incidencia del accidente en las secuelas del actor en un diez por ciento.



2010/78529

TS Sala 2ª, Sentencia 27 mayo 2010.  
Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

### Suficiencia de la motivación del veredicto

No ha lugar a la admisión del recurso de casación interpuesto por el acusado

contra sentencia que le condenó como autor de un delito de incendio. El Alto Tribunal descarta que la motivación ofrecida en el veredicto del jurado no cumpliera los requisitos que le eran exigibles, confirmando así la resolución en el mismo sentido acordada por el tribunal de apelación, al estimar los recursos interpuestos por las acusaciones particulares, estimación que se basa en unos argumentos que se exponen detalladamente en la sentencia dictada en segunda instancia. Precisamente por ello, no vulnera el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, y cumple sobradamente con las obligaciones que le impone el art.120,3 CE.

2010/78768

TS Sala 2ª, Sentencia 6 mayo 2010.  
Ponente: D. Joaquín Giménez García

### Inaplicabilidad del subtipo agravado de actuación conjunta de dos o más personas en delito de agresión sexual

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de agresión sexual y falta de lesiones. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto el subtipo agravado de actuación en grupo, pues es doctrina del TS que cuando intervienen dos personas y una de ellas es considerada cooperador necesario, no es posible aplicarle a éste la agravación en su conducta, pues no puede concebirse la cooperación necesaria sin la presencia de, al menos, un autor a cuya ejecución coopere.

2010/78762

TS Sala 2ª, Sentencia 30 abril 2010.  
Ponente: D. Luciano Varela Castro

### Insuficiencia probatoria para la condena por delito de apropiación indebida

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado y la responsa-

ble civil subsidiaria contra sentencia que condenó al primero por delito de apropiación indebida. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, pues cuando existe una duda objetiva debe actuar el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado. Sin que aquella duda sea parangonable a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena; esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.



2010/92273

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 17 mayo 2010.  
Ponente: D. Emilio Frias Ponce

### Sentencias aportadas de contraste muy distintas a la impugnada en paralización de la vía económico-administrativa

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido contra la resolución del TEAC, desestimatoria, a su vez, del recurso de alzada formulado frente al fallo del TEAR de Cataluña relativo al Impuesto de Sociedades, ejercicios 1984 a 1988, Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas, ejercicios 1984 y 1985, e Impuesto sobre el Valor Añadido, ejercicios 1986 a 1988. La Sala indica respecto de la primera cuestión planteada, sobre la prescripción por paralización de la vía econó-

mico-administrativa, que las sentencias aportadas de contraste son muy distintas a la impugnada.



2010/113434

TS Sala 4ª, Sentencia 19 mayo 2010.  
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

### Denegación de complemento por mínimos

Estima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que declaró el derecho de la trabajadora autónoma accionante, declarada en situación de IPT antes de la entrada en vigor del RD 463/2003, al complemento por mínimos.

Explica la Sala que la literalidad del art. 50 LGSS, que establece que los complementos por mínimos se reconocen en los términos que legal o reglamentariamente se determinen, y de la disp. adic. única RD 463/2003, que aplica el beneficio de cualificación a las IPT que se declaren a partir de 1 enero 2003, excluyen que el cuestionado complemento pueda reconocerse a situación reconocida con anterioridad a la indicada fecha, sin que se observe razón alguna que justifique una interpretación finalista que colisiona frontalmente con la previsión legal.

2010/122426

TS Sala 4ª, Sentencia 17 mayo 2010.  
Ponente: Dª Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

### Cómputo del "dies a quo" para ejercitar la acción de impugnación de sanción

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la limpiadora accionante contra sentencia que acogió la excepción de caducidad de la impugnación de la sanción impuesta por la mercantil demandada. Explica el Tribunal que la fijación del "dies a quo" para el ejercicio de la acción de impugnación de sanción habrá de realizarse atendiendo al momento en que tal acción pudo ejercitarse, siendo dicho día aquél en que se comunica al trabajador la imposición de la sanción.