



# 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 XVI. Número 2754

Madrid, miércoles 4 de noviembre de 2009



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/205359

TS Sala 3ª, Sección 2, Sentencia: 29 junio 2009. Ponente: D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

Sin necesidad de presentar garantía

### Suspensión de la ejecución de la deuda tributaria solicitada en el procedimiento económico administrativo

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la STSJ de Cataluña que anuló la resolución del TEAR y ordenó la suspensión de la ejecución de la deuda tributaria, sin garantía. La Sala considera que resultaba perfectamente posible decretar en la vía económico-administrativa la suspensión sin caución de la liquidación impugnada, siempre que la ejecución fuera susceptible de causar perjuicios de imposible o difícil reparación, habiendo quedado acreditado en la instancia que los solicitantes de la suspensión habían obtenido respuestas negativas a su solicitud de concesión de aval y que sus bienes no alcanzaban a cubrir ni un treinta por ciento del importe de la deuda, señalando que las quejas del Abogado del Estado sobre las singularidades de la operación de la que trae causa la liquidación tributaria no resultan pertinentes en esta sede, ya que se introducen por vía inadecuada en un terreno vedado para el Tribunal de casación, como es el de la fijación de los hechos del litigio.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que suscita el abogado del Estado con la interposición de este recurso de casación es clara y precisa. Consiste en determinar la norma vigente al tiempo en el que el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña se negó a suspender la ejecución de la liquidación tributaria (26 de enero de 1996) y si la misma autorizaba a adoptar la medida cautelar en cuestión sin prestar garantía alguna. La respuesta, como apuntan las hermanas recurridas, se encuentra en la sentencia dictada por esta Sección del Tribunal Supremo el 20 de diciembre de 2004, desestimatoria de un recurso de casación (número 6814/99) interpuesto por el abogado del Estado pre-

cisamente contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, revocando una decisión del Tribunal Económico-Administrativo Regional homónimo, resolvió que procedía suspender sin garantía alguna en la vía económico-administrativa la liquidación tributaria allí en tela de juicio. Hemos de precisar que esta sentencia es de fecha posterior a las que invoca el defensor de la Administración. Bastará, pues, con reproducir los fundamentos tercero y cuarto de dicho pronunciamiento, que el abogado del Estado conoce bien, para dar cumplida contestación a su pretensión casacional:

“Tercero.- Como señala el Abogado del Estado nuestro sistema admi-

nistrativo incorpora como una de sus notas características la ejecutividad de los actos administrativos reconocida, con carácter general en los artículos 56 y 57 LRJ y PAC, y, de manera particular, en los artículos 129 de la Ley General Tributaria de 1963 y 33 de la Ley General Presupuestaria; de manera que, como regla general, la interposición de los recursos administrativos no suspenden la ejecutividad de dichos actos, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario (art. 111 LRJ y PAC). Por consiguiente, la interposición de la reclamación económico-administrativa no suspende la ejecución del acto impugnado, con las consecuencias legales consiguientes, incluso de recaudación de cuotas o derechos liquidados, salvo que concurra alguno de los supuestos de suspensión legalmente previstos que han experimentado una constante evolución histórica de la que se han hecho eco las sentencias de esta Sala de 20 de septiembre de 2002 y 23 de abril de 2004 y que puede resumirse en los siguientes hitos:

a) El Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por Real Decreto de 29 de julio de 1924, que regulaba también el recurso de reposición, y algunos aspectos de la gestión tributaria, y que estuvo en vigor hasta 1959, no contenía norma alguna sobre la suspensión por interposición de recursos y reclamaciones, por ello en la normativa de cada Impuesto en concreto se reguló esta cuestión (así podemos citar, sin ánimo exhaustivo, la Orden Ministerial de 24 de enero de 1955, dictada para la Contribución General sobre la Renta, que autorizó a los Delegados de Hacienda, previa la inexcusable aportación de garantía y bajo su personal responsabilidad a conceder la suspensión del ingreso si se interponía reclamación económico-administrativa o recurso ante los Jurados Tributarios; y el artículo 26 bis del Texto Refundido de la Contribución sobre Utilidades de la Riqueza Mobiliaria adicionado por el Real Decreto de 10 de septiembre de 1924, que reguló la suspensión por interposición de reclamaciones económico-administrativas, previa aportación de garantía suficiente, aunque permitía también la suspensión, si el contribuyente alegase que no podía

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Traspaso inconsentido de local de negocios 4

#### PENAL

Delito de estafa impropia al otorgar contrato simulado en perjuicio de tercero 6

#### ADMINISTRATIVO

Suspensión de la ejecución de la deuda tributaria solicitada en el procedimiento económico administrativo 1

Valoración de las obras de iniciación de la edificación para extinguir los efectos de caducidad de la licencia 3

#### SOCIAL

Fecha de efectos del incremento de una pensión por IPT 9

Abono por el FOGASA de indemnización por despido ante insolvencia empresarial 10

### TJCE

Denegación del registro de la marca de aceites La Española por confusión con Carbonell 11

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

aportarla, en cuyo caso la competencia correspondía al Jurado de Utilidades y según los casos al Tribunal Económico Administrativo Central que actuaba como Jurado).

b) La Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, cuyo artículo 116 dispuso: "La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, pero la Autoridad a quien compete resolverlo podrá suspender de oficio o a instancia de la parte la ejecución del acuerdo recurrido, en el caso de que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación".

Sin embargo, esta ley se cuidó en su Disposición Final Tercera de respetar la especialidad de las reclamaciones económico administrativas y así preceptuó: "Por la Presidencia del Gobierno y el Ministerio de Hacienda, se redactará y propondrá a la aprobación del Consejo de Ministros, en el plazo de un año, un nuevo Reglamento de las Reclamaciones económico-administrativas, ajustado a las prescripciones de la presente Ley, sin perjuicio de las especialidades que exija la peculiaridad de esta materia. En tanto no se dicte el aludido Reglamento, regirá el vigente de 29 de julio de 1924 y sus disposiciones complementarias".

El nuevo Reglamento, aprobado por Decreto 2083/1959, de 26 de noviembre, reguló, en su artículo 83. "Suspensión y caución", con carácter general, esta materia, estableciendo en su apartado 1, lo siguiente: "los órganos competentes para conocer de las reclamaciones podrán acordar, a instancia del interesado, que se suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado mientras dure la total sustanciación del procedimiento económico-administrativo, exigiendo en todo caso la constitución de garantía" y acto seguido, en su apartado 5, dispuso que la caución consistirá:

a) En un depósito en dinero efectivo o en valores públicos o equiparados a estos en la Caja General de Depósitos o sus sucursales o, en su caso, en la Corporación Local interesada.

b) En una fianza solidaria, prestada por un Banco inscrito en la Comisaría de la Banca Privada". Este párrafo, letra b) fue modificado por Decreto 2174/1973, de 17 de agosto,

y quedó redactado de la siguiente manera: "b) En un aval o fianza solidaria, prestada por un Banco o Banquero registrado oficialmente o por una Caja de Ahorros sujeta a la inspección del Banco de España". Es incuestionable que según el Reglamento de 1959 la suspensión sólo se podía conceder previa aportación de alguna de las garantías administrativas reglamentarias, estándole vedado a los Tribunales Económicos Administrativos la concesión de la suspensión fuera de estos límites.

No obstante lo anterior, el TEAC dictó algunas resoluciones en las que contempló la posibilidad de otorgar la suspensión sin exigencia de garantía al amparo del artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, vigente el Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo de 26 de noviembre de 1959, por considerar que dicha Ley tenía carácter supletorio, toda vez que el Reglamento se dictó en cumplimiento de la Disposición Final Tercera de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

c) La Ley 39/1980, de 5 de julio de Bases del Procedimiento Económico Administrativo, dispuso en su Base Tercera: "El procedimiento de las reclamaciones económico-administrativas, en sus diferentes instancias, se adaptará a las directrices de la Ley de Procedimiento Administrativo (se refiere a la de 17 de julio de 1958), con especial observancia de las normas siguientes:

a) La ejecución del acto administrativo impugnado se suspenderá a instancia del interesado, si en el momento de interponerse la reclamación se garantiza en la forma que reglamentariamente se determine el importe de la deuda tributaria". Y el Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, que articuló la Ley 39/1980, de 5 de julio, de Bases sobre Procedimiento Económico - Administrativo, en su artículo 22 sustituyó la facultad discrecional para suspender, por la obligación jurídica de los Tribunales Económico-Administrativos y correlativo derecho de los recurrentes a la suspensión del ingreso, si se aportaba alguna de las garantías que se determinarían en forma reglamentaria. El artículo 81, apartado cuarto, del RPEA/1981 (Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por Real Decreto 1999/1981, de 20 de agosto), reguló las garantías ad-

misibles, de modo sustancialmente igual a las reguladas en el artículo 83.5 del anterior Reglamento de 26 de noviembre de 1959, garantías que se caracterizaban por su solvencia, liquidez y sencillez de ejecución. Conforme al sistema LPEA/1980 y RPEA/1981, en su redacción inicial:

1º.- La suspensión del ingreso de las deudas tributarias, en vía administrativa, se regía exclusivamente por sus normas, sin que fuera aplicable el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, ni directa ni subsidiariamente.

2º.- La suspensión sólo se podía conceder si se aportaba alguna de las garantías admitidas, en cuyo caso los Tribunales Económico-Administrativos y las Oficinas Gestoras, en el caso del recurso de reposición, estaban obligados a concederla, de ahí la denominación de suspensión "automática".

3º.- No eran admisibles otras garantías que las reguladas reglamentariamente.

4º.- No era posible la suspensión sin garantía alguna.

5º.- La suspensión de las sanciones seguía el mismo régimen que el de los demás elementos de la deuda tributaria (...).

d) La Ley 25/1995, de 20 de julio, de Modificación parcial de la Ley General Tributaria, que redactó de nuevo el artículo 22, apartado 2, con el siguiente texto:

"2. Cuando el interesado no pueda aportar las garantías necesarias para obtener la suspensión a que se refiere el apartado anterior (depósito de dinero o valores públicos, aval o fianza solidaria de entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca y fianza de contribuyentes en deudas de cuantía muy limitada), el Tribunal podrá decretar la suspensión, previa prestación o no de garantías según se determine reglamentariamente si la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. los efectos de este apartado, las garantías podrán consistir en hipoteca inmobiliaria, hipoteca mobiliaria, prenda con o sin desplazamiento, fianza personal y solidaria, y cualesquiera otra que se estime suficiente".

El nuevo Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por

Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, desarrolló el precepto legal anterior, en su artículo 76, regulando un procedimiento especial para la suspensión del ingreso de las liquidaciones impugnadas, aportando garantías distintas a las establecidas para la denominada suspensión automática, obligatoria para la Administración. La posibilidad de conseguir la suspensión, sin prestar garantía alguna, cuando no se pudieran aportar y el ingreso de la liquidación impugnada originase perjuicio de imposible o difícil reparación fue reconocida por la Ley 25/1995, de 20 de julio, mencionada, y desarrollada por el artículo 76, apartado 2, del nuevo Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, de 1 de marzo de 1996.

En este caso, la decisión de los Tribunales Económico-Administrativos es discrecional, atendiendo de una parte al perjuicio alegado, que será apreciado por la Administración en sus justos términos y de otra parte el riesgo de insolvencia del deudor tributario, pues no debe olvidarse que la tutela judicial cautelar afecta no sólo al contribuyente, sino también a su legítimo acreedor tributario.

e) La Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Deudas y Garantías de los Contribuyentes abordó la cuestión al disponer en su artículo 30, apartado 1 que "el contribuyente tiene derecho, con ocasión de la interposición del correspondiente recurso o reclamación administrativa, a que se suspenda el ingreso de la deuda tributaria, siempre que aporte las garantías exigidas por la normativa vigente, a menos que, de acuerdo con la misma, proceda la suspensión sin garantía", precepto que confirma que durante la vigencia del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo, aprobado por el Real Decreto 1999/1981, de 20 de agosto, que había desarrollado las normas legales especiales sobre suspensión del ingreso de deudas tributarias, no era posible la suspensión sin garantías, normas que eran las aplicadas al caso de autos. Asimismo, el artículo 31, apartado 2 estableció:

"2. La Administración tributaria no podrá proceder a la enajenación de los bienes y derechos embargados en el curso del procedimiento de apremio hasta que el acto de liquidación de la deuda tributaria ejecutada sea firme, salvo en los supuestos de fuerza mayor, bienes percederos, bienes en los que exista un riesgo de

pérdida inminente de valor o cuando el contribuyente solicite de forma expresa su enajenación" (...).

f) Por último la Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, en su artículo 233 establece, en su apartado 2, una suspensión automática con prestación de determinadas garantías (depósito, aval o fianza solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca y fianza personal en determinados supuestos), en su apartado 3, una suspensión con otras garantías cuando el interesado no pueda aportar las necesarias para obtener la prevista en el apartado anterior, y, en fin, en el apartado 4, una suspensión "con dispensa total o parcial de garantías" cuando la ejecución pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

Cuarto.- Si bien las nuevas normas no eran de aplicación al caso de autos "ratione temporis", debe reconocerse la dificultad de mantener la vigencia y aplicabilidad de normas, cuando a lo largo de la sustanciación de las reclamaciones económico-administrativas y recursos jurisdiccionales se han modificado sustancialmente en favor de los contribuyentes, sin que tales modificaciones, al carecer de aplicación retroactiva, puedan aplicarse directamente, salvo como criterios interpretativos.

No obstante lo anterior, y pese a no ser aplicable ni directa ni supletoriamente el artículo 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de RJ y PAC, antes de la modificación introducida en el artículo 22.2 del Real Decreto Legislativo 2795/1981, referido, por la Ley 25/1995, de 20 de julio, de Reforma parcial de la Ley General Tributaria, es lo cierto que los Tribunales Económico-Administrativos, tanto los Regionales como el Central mantuvieron la doctrina de que por respeto al principio constitucional de tutela judicial efectiva, proclamado en el artículo 24, que "si bien corresponde otorgarla a los Tribunales integrados en el Poder Judicial -Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras, 197/88, de 24 de octubre y 175/87, de 4 de noviembre -no puede ser desconocida por los Tribunales Económico-Administrativos- cuya intervención en las materias de su competencia, constituye estadio intermedio entre los órganos de gestión y los Tribunales de Justicia y presupuesto procesal inexcusable para acceder a la vía judicial- pues el propio Tribunal Constitucional ha reconocido, entre otras, en la primera de las sentencias citadas anteriormente, que no cabe excluir la posibilidad de que órganos no judiciales puedan incidir en la lesión del derecho a la tutela judicial; y en aras del aludido principio constitucional, ha de abordarse el tema de si existe la posibilidad -no prevista en la normativa propia de la reclamación económico-administrativa para las deudas dinerarias- de conceder la suspensión del acto adminis-

trativo reclamado, sin que se presente garantía para su posterior pago, cuando se acredite la imposibilidad de prestar las garantías a que se refiere el artículo 81 del Reglamento de Procedimiento y concurren supuestos excepcionales apreciables por el órgano que ha de resolver la reclamación; cuestión que ha de solventarse afirmativamente, pues como ha declarado el Tribunal Constitucional al referirse a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la ejecutividad de los actos administrativos, si bien es cierto que la manifestación de la autotutela administrativa no pugna en sí misma como regla o principio alguno de la Constitución -238/92, de 17 de diciembre- y que la efectividad de aquella tutela judicial no impide en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido, no lo es menos que cuando el legislador ha establecido esa posibilidad para la protección de los derechos fundamentales -en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y en la Ley 61/1978 - esta decisión legislativa incide también sobre la configuración de la tutela judicial efectiva, de forma que la supresión de esa posibilidad de suspensión para ciertos casos o grupos de personas afecta al mencionado derecho -115/1987, de 7 de julio-".

SEGUNDO.- La doctrina que acabamos de reproducir conduce directamente a la desestimación del recurso de casación promovido por el abogado del Estado, pues, en efecto, en el caso debatido resultaba perfectamente posible decretar en la vía económico-administrativa la suspensión sin caución de la liquidación impugnada siempre que la ejecución fuera susceptible de causar perjuicios de imposible o difícil reparación, circunstancia que priva de toda la razón a los dos motivos en que el defensor de la Administración cimentó la impugnación de la sentencia de instancia.

En esta tesitura, considerado acreditado por el Tribunal Superior de Justicia que las demandantes habían obtenido respuestas negativas a su solicitud de concesión de aval y que sus bienes no alcanzaban a cubrir ni un treinta por ciento del importe de la deuda, las quejas del abogado del Estado sobre las singularidades de la operación de la que trae causa la liquidación tributaria no resultan pertinentes en esta sede, ya que se introducen por vía inadecuada en un terreno vedado para el Tribunal de casación como es el de la fijación de los hechos del litigio. Recuérdese que la apreciación de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal a quo únicamente puede acceder a la casación si, por el cauce de la letra d) del artículo 88, apartado 1, de la Ley de esta jurisdicción, se denuncia la infracción de los preceptos reguladores de la valoración de pruebas tasadas o que la llevada a cabo resulta contraria a la razón y a la lógica, conduciendo a resultados inverosímiles y

evidenciando un ejercicio arbitrario del poder jurisdiccional, vulnerador del artículo 9, apartado 3, de la Constitución (véanse las sentencias de 17 de noviembre de 2008 (casación 5707/07, FJ 2º); de 24 de noviembre de 2008 (casación 3394/05, FJ 1º); y 16 de febrero de 2009 (casación 6092/05, FJ 4º)).

Concluido por la Sala de instancia que en el supuesto enjuiciado no se habían podido obtener garantías y que la ejecución era susceptible de irrogar a las demandantes daños y perjuicios de aquella índole, la Administración del Estado no ha combatido adecuadamente esas inferencias por la única vía posible, justificando que al obtenerlas los jueces a quo infringieron algún precepto constitucional o legal. Llegados a este punto, resulta irrelevante que el Tribunal Superior de Justicia razonara que la Administración tributaria no indicó bienes sobre los que constituir una caución, pues en este particular la ratio decidendi fue, junto con la irreperabilidad de los daños, que las hermanas Felicísima Adoración Catalina Modesta Soledad no habían podido obtener ningún tipo de garantía. No se produjo, pues, ninguna inversión de la carga de la prueba, ya que el dato decisivo para resolver no se encontraba en la falta de identificación por la Administración de bienes sobre los que asegurar la deuda, sino en la imposibilidad de obtener una garantía y en la extrema dificultad de reparar los daños que pudieran causarse por la ejecución.

TERCERO.- En aplicación del artículo 139, apartado 2, de la Ley reguladora de nuestra jurisdicción, procede imponer las costas a la Administración General del Estado, con el límite de mil quinientos euros para los honorarios del letrado de la parte recurrida.

### FALLO

No ha lugar al recurso de casación 3724/03, interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia dictada el 13 de marzo de 2003 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso 551/96, condenando en costas a la Administración recurrente con la limitación establecida en el fundamento de derecho tercero.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Manuel Vicente Garzón Herrero.- Manuel Martín Timón.- Joaquín Huelin Martínez de Velasco.- Óscar González González.

Publicación.- Leída y publicada ha sido, la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario Certifico.

2009/211086

TS Sala 3ª, Sección 5, Sentencia 3 septiembre 2009. Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate

## Valoración de las obras de iniciación de la edificación para extinguir los efectos de caducidad de la licencia

*El TS desestima el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias contra la STSJ que anuló la Orden de la Consejería de Turismo y Transportes, que dispuso la extinción de la eficacia de la licencia urbanística del proyecto de apartamentos. La Sala considera que no es ilógica la valoración efectuada en la instancia al considerar que el vaciado de tierras, los desmontes y los muros de contención forman parte de la edificación, y por tanto forman parte del 10% del importe de la ejecución de la obra que hay que tener en cuenta para no tener por caducada la licencia, según dispone la disp. adic. 5ª Ley autonómica 6/2001.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo de casación se alega que la Sala de instancia ha infringido lo dispuesto en los artículos 1218 del Código civil y 319 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al no otorgar al documento público, que incorpora el informe del Arquitecto Técnico dependiente de la Administración autonómica, la eficacia que los aludidos preceptos confieren a dichos documentos públicos. El motivo de casación no puede prosperar porque el referido informe no deja de ser una prueba pericial por el hecho de estar incorporado a un documento oficial, que la Sala sentenciadora no niega que tenga el contenido con que aparece ni la fecha en que ha sido emitido o la identidad y cualificación profesional del técnico que emite el dictamen. Este no pierde el significado de parecer u opinión de un técnico, aunque sea funcionario público, que el Tribunal debe valorar en la forma dispuesta por el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es decir según las reglas de la sana crítica.

SEGUNDO.- En el segundo motivo de casación se reprocha al Tribunal a quo que no haya realizado una apreciación del informe del técnico de la Administración con arreglo a la sana crítica, por lo que ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución y en la jurisprudencia que se cita, y ello por considerar en su sentencia que el conflicto se reduce a un problema de prueba, cuando

ello no es así, dado que ambas partes están de acuerdo en las obras ejecutadas en ambas parcelas, ciñéndose la discrepancia al carácter que dichas obras tienen, pues mientras la Administración autonómica, siguiendo el criterio de su técnico, sostiene que no constituyen edificación, la entidad demandante y los peritos por ella propuestos entienden que el vaciado de tierras, los desmontes y los muros de contención forman parte de la edificación.

En contra del parecer de la Administración autonómica recurrente, la Sala sentenciadora no se ha apartado de las reglas de la sana crítica al considerar, conforme al documentado y razonado parecer de los peritos propuestos por la entidad demandante, que las referidas obras forman parte de la edificación y, por consiguiente, deben computarse dentro del diez por ciento a que alude el apartado segundo de la Disposición Adicional quinta de la Ley 6/2001, de 23 de julio, de medidas urgentes en materia de ordenación del territorio y del turismo de Canarias, por lo que resulta aplicable la excepción contenida en la mencionada regla.

La opinión que sustenta la Administración recurrente, acerca de que tales obras son meramente preparatorias del terreno para poder iniciar la edificación propiamente dicha, según ha informado su técnico, no es más razonable que la contraria, y, por tanto, lo que en el fondo discute aquélla, a través del presente motivo, es la interpretación que el Tribunal de instancia ha realizado de la aludida Disposición Adicional quinta, para lo que no es cauce idóneo el motivo de casación invocado relativo a las reglas de valoración de la prueba pericial, que no han sido conculcadas por dicho Tribunal, el que, en consecuencia, tampoco ha infringido lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, razón por la que este segundo motivo de casación debe ser desestimado al igual que el primero.

**TERCERO.-** La declaración de no haber lugar al recurso, al ser desestimables ambos motivos de casación alegados, comporta la imposición de costas a la Administración autonómica recurrente, según establece el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción, si bien, como permite el apartado tercero del mismo precepto, procede limitar su cuantía, por el concepto de honorarios de abogado de la entidad recurrida, a la cifra de cinco mil euros, dada la actividad desplegada por aquél para oponerse al mentado recurso.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

#### FALLO

Que, con desestimación de ambos motivos de casación alegados, debe-

mos declarar y declaramos que no ha lugar al recurso interpuesto por la Letrada del Servicio Jurídico de Canarias, en nombre y representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, contra la sentencia pronunciada, con fecha 16 de abril de 2002, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso contencioso-administrativo número 1681 de 2002, con imposición a la referida Administración autonómica recurrente de las costas procesales causadas hasta el límite, por el concepto de honorarios de abogado de la entidad mercantil

comparecida como recurrida, de cinco mil euros.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. Mariano de Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.- María del Pilar Teso Gamella.

Publicación.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.



2009/165905

TS Sala 1ª, Sentencia 8 julio 2009. Ponente: D. Román García Varela

Cambio de titularidad de participaciones sociales

## Traspaso inconsentido de local de negocios

*El TS declara no haber lugar al recurso de casación, quedando firme la sentencia de apelación confirmatoria de la de primera instancia, que estimó la demanda interpuesta y declaró la resolución del contrato de arrendamiento. Declara la Sala que comparte con la AP la existencia de un claro cambio en la titularidad de las participaciones sociales de la arrendataria, así como de gestión, dando lugar a la apreciación de un traspaso inconsentido en la relación contractual, y sin poder apreciar la trasgresión de la doctrina jurisprudencial del "levantamiento del velo" alegada por la recurrente.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Dª Patricia demandó por los trámites del juicio de cognición a las entidades "Neumáticos Barcelona, S.L." y "Essen 111, S.L.", e interesó las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia. La actora ejercita la acción del contrato de arrendamiento concertado con el demandado "Neumáticos Barcelona, S.L.", con fundamento en la cesión o subarriendo inconsentido, habida cuenta de que mediante la adquisición del capital de la arrendataria, se ha introducido en el local arrendado otra empresa que desarrollaba su actividad en otro distinto, para lo que acude a la teoría del "levantamiento del velo" al entender que se ha producido un cambio en la persona del arrendatario, amén de que el local se utiliza como centro de negocios por otras sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas de la que actualmente es propietaria del capital de la demandada. El Juzgado acogió la demanda y su sentencia fue con-

firmada en grado de apelación por la de la Audiencia, la cual considera que, en el presente caso, se trata de una cesión de arrendamiento inconsentida, con la aplicación de la teoría del "levantamiento del velo" para llegar a esta conclusión, y la afirmación de que no sólo ha de estarse al cambio de titularidad de las acciones, sino también al cambio de la gestión, la incorporación de un nuevo nombre comercial y la utilización de medios de otra empresa. "Neumáticos Barcelona, S.L." ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, con cobertura en el artículo 477.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y esta Sala, mediante auto de 30 de octubre de 2007, ha inadmitido el motivo primero del escrito de interposición y lo admitió respecto a sus motivos segundo y tercero.

**SEGUNDO.-** El motivo segundo del recurso acusa la infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTs de 17 de junio de 1996 y 4 de octubre de 1999, al establecer que

la transmisión de la totalidad de las acciones o participaciones de una sociedad con las lógicas modificaciones que ello puede comportar en diversos aspectos de la vida social (cambio de gestión o gestores, etc.), no supone el surgimiento de una persona jurídica distinta a la inicial; asimismo, denuncia que esta vulneración se materializa en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia, donde, aplica indebidamente la teoría del "levantamiento del velo", con la conclusión de que se ha producido un cambio en la titularidad de la sociedad mercantil "Neumáticos Barcelona, S.L.", arrendataria del local de la calle Valencia número 300 de Barcelona, como instrumento para un traspaso no consentido "de forma que se utilizan las normas reguladoras de la transmisión de acciones o participaciones sociales para conseguir tal finalidad, de manera que se priva al arrendador de sus derechos de tanteo o retracto, o de participar en el derecho de traspaso o de elevar la renta". El motivo se desestima.

La sentencia recurrida considera textualmente como hechos probados los siguientes:

1º.- Las referidas partes se hallan vinculadas por el citado contrato de arrendamiento de 1974 sobre el local, bajos de la calle Valencia. La sociedad limitada arrendataria fue constituida en ese año, teniendo como domicilio social, desde su constitución el local arrendado.

2º.- Por sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial en 4 de enero de 1997, se condenó a la entidad "Import Car 200, S.A." (que giraba con el nombre comercial de "Automóviles Balmes"), a desalojar el local sito en la calle Balmes 107, del que hasta entonces era arrendataria (en cuyo local desarrollaba un negocio de compraventa de automóviles usados), por concesión o traspaso inconsentido a favor de D. Alejo, en cuyo procedimiento merece destacar que:

a) El apercibimiento de lanzamiento el 20 de julio de 1997, se entiende con D. Camilo, que se identifica como empleado de aquélla (quién fue socio fundador de la misma, administrador y/o apoderado de diversas empresas del "grupo Bartolí", administrador de "ESSEN 111, S.L.", adquirente del capital social de la arrendataria "Neumáticos Barcelona, S.L.", y socio único de la misma, como se dirá).

b) El lanzamiento tiene lugar el 7 de abril de 1998, con la entrega del Sr. Camilo de las llaves a la comisión judicial.

c) En 8 de abril de 1988, se publica en "La Vanguardia" el anuncio Automóviles Balmes traslada sus instalaciones (...), (el próximo 14 de abril de 1998) (...), a la calle Valencia 300 (...), los números de teléfono

seguirán siendo los mismos de siempre; asimismo, consta en un cartel en la calle Balmes 107, sobre el referido traslado, con los mismos teléfonos, cuyo titular es "Infort Car 200, S.A."

3º.- En 8 de abril de 1998, por "Neumáticos Barcelona, S.L.", arrendataria, que gira con la denominación o nombre comercial de "Automóviles Valencia 300", se otorga escritura declarando su carácter unipersonal, la ampliación de capital hasta 10.000.000 de pesetas y la adaptación de sus Estatutos a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995; dicha escritura accede al Registro Mercantil un año después; todas sus participaciones sociales, desde 1995, pertenecían a D<sup>a</sup> Paula, siendo Administrador el Sr. Marcelino, que durante el referido año 1998 pasó a ser propietario de todas dichas participaciones.

4º.- En 21 de abril de 1998, se nombra Administrador único de "Neumáticos Barcelona, S.L." al Sr. José Enrique, que es socio (25%) de "Essen 111, S.L." (constituida el 21 de enero de 1998 por el Sr. Alexander, éste con el 75% de las participaciones sociales), que, a su vez, es socio único de aquélla, pues en 15 de marzo de 1999 adquirió de la misma todas las participaciones sociales. En el año 2000, la administración pasa a D. Alexander.

5º.- En 1 de junio de 1998, el Director de "Automóviles Balmes, S.L." es dado de alta en la Seguridad Social en "Neumáticos Barcelona, S.L.", constando igualmente en otras empresas.

6º.- Como se ha dicho, en 19 de junio de 1998 constan en la calle Balmes 107 carteles indicativos del traslado a la calle Valencia 300, y que se mantienen los mismos teléfonos (que son de la titularidad de "Import Car, S.L."), con desvío de llamadas a la calle Valencia 300, constando que en 4 de julio de 1999 uno de los teléfonos de "Import Car, S.L." era utilizado por "Automóviles Valencia" en su publicidad. El rótulo de la calle Valencia permanecía igual.

7º.- Pocos meses después se cambia el rótulo de la calle Valencia; en el mismo consta "fundada l'any 1948", cuando la arrendataria se había constituido en 1974.

8º.- En la calle Valencia 300, se procede a la venta de vehículos con una factura pro-forma de "Cars 2005, S.L.", y se utilizaron documentos correspondientes a "Automóviles Balmes" (ciertamente por informe de detectives parece concederle cierto "status", al asimilar sus informes a los documentos fundamentales, y no cabe duda que se refiere a hechos relevantes, confeccionado por profesional de la investigación privada legalmente habilitado, y ratificado en la testifical).

9º.- En 30 de agosto de 1998, en "El Periódico", se anuncia la venta de vehículos de "Automóviles Balmes" Autofira V. Hebrón; después, "Automóviles Valencia 300", con los mismos teléfonos (y uno más, en esta última dirección) de "Import Car 200, S.A." (las llamadas a ésta se desvían a la calle Valencia).

10º.- En 15 de marzo de 1999, "Essen 111, S.L." (siendo administrador el Sr. Alexander que con D. José Enrique eran los únicos socios en la proporción indicada) compra la totalidad de las participaciones sociales de "Neumáticos Barcelona, S.L."

11º.- En 9 de abril de 1999, se presentan las escrituras que dan lugar a las inscripciones 12, 13 y 14 de "Neumáticos Barcelona, S.L." (proclamación del carácter unipersonal, ampliación de capital, y adaptación a la LSRL; nombramiento de administrador único D. José Enrique).

12º.- Años 1990 y 2000. En Valle Hebrón se ubicaba "Import Car 200, S.A." en un cobertizo o barracón, con rótulo "Automóviles Valencia 300", y con un teléfono de "Neumáticos Barcelona".

13º.- Tal como se expone en la recurrida, y deriva inequívocamente de las cuentas presentadas en el Registro Mercantil (...), una y otra sociedad "tienen muy poco que ver".

La sentencia de instancia en su fundamento de derecho tercero, ha argumentado que "aquí no sólo existe cambio en la titularidad de las participaciones sociales de la arrendataria (lo que en sí mismo no constituiría traspaso inconstituido), sino que, además se da un importante cambio de gestión, con la incorporación de un nuevo nombre comercial y utilización de medios correspondientes a otra empresa (conforme a la resolución recurrida), a cuya conclusión se llega a través de aquellos hechos, indirectos sí, pero abrumadores, plenamente acreditados, y con un enlace preciso y directo con la conclusión (traspaso inconstituido), confirmados con la relación con otras sociedades ("Cars 2005, S.L.") con la citada "Essen 111, S.L.", que (aunque sólo existan al respecto datos aislados así como la emisión de una factura pro-forma), que al menos revelan, además, una utilización parcial".

Esta Sala acepta los razonamientos de la sentencia de la Audiencia recién expuestos.

La recurrente ha indicado que sobre el local de la calle Valencia número 300 no se ha introducido ninguna persona física o jurídica distinta de la arrendataria "Neumáticos Barcelona, S.A.", con oposición de lo declarado probado en la sentencia recurrida, ya que consta acreditado que se ha sido utilizado por un tercero, "Cars 2005, S.L.", que

vendió un vehículo en el local y expidió al efecto una factura, y según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, lo prohibido es el aprovechamiento, la ventaja o el beneficio obtenido por un tercero, aún con la anuencia del arrendatario, que puede resultar también beneficiado, sin respetar la voluntad del arrendador, a quién corresponden las facultades dispositivas, dado que uso y goce corresponde en exclusiva al arrendatario y no a un tercero.

A través de presunciones, acomodadas a deducciones lógicas, la sentencia impugnada alcanza la conclusión de que se produjo un traspaso o cesión no consentidos, sin que la valoración probatoria efectuada pueda ser rebatida en un recurso de casación, sino que ha de residenciarse en el recurso extraordinario por infracción procesal.

Por otra parte, como cimiento de su recurso de casación por interés casacional, el motivo cita las SSTS de 17 de junio de 1996, que se refiere a normas sobre valoración probatoria, y de 4 de octubre de 1999, relativa un supuesto de cambio de denominación social bancaria, sin embargo, ninguna de estas resoluciones guarda relación con el caso objeto de este recurso, por lo que es de aplicación lo sentado en la STS de 8 de febrero de 2005, según la cual "el motivo no procede y, consecuentemente, no se aprecia infracción de la doctrina jurisprudencial, pues las sentencias aportadas se refieren a supuestos distintos al de autos y su aportación exige que se trate de casos idénticos o análogos al enjuiciado, es decir de sentencias contestes, expresivas de un criterio uniformemente reiterado (entre otras, SSTS de 15 de febrero de 1982 y 24 de marzo de 1995)".

Por último, la recurrente había interpuesto recurso de casación por diversos temas, y uno de ellos era el de la trasgresión de la doctrina jurisprudencial del "levantamiento del velo", sin cita de norma alguna vulnerada, por lo que procede traer a colación la STS de 18 de julio de 2003, donde se establece que, tras expresar que tal doctrina está reconocida, se rechaza el motivo, puesto que para su aplicación sería preciso un determinado soporte fáctico, cuya alteración en casación no se había intentado por el conducto adecuado.

TERCERO.- El motivo tercero del recurso denuncia la infracción del artículo 114, epígrafes 2 y 5, de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, por no existir la modificación subjetiva en la relación arrendataria, expresada en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, de modo que no se produce la efectiva introducción de un tercero en el local arrendado al que la doctrina jurisprudencial vincula la resolución del contrato de arrendamiento por causa de subarriendo o traspaso inconstituido, y cita, entre otras, como

SSTS contradictorias, las de 6 de diciembre de 1963, 17 de mayo y 27 de septiembre de 1962, 2 de julio de 1969, 7 de abril de 1967 y 13 de noviembre de 1991. El motivo se desestima.

La recurrente introduce planteamientos jurídicos con otros referentes a la valoración de la prueba, lo que quebranta la regla de técnica casacional sobre que no cabe mezclar en un mismo motivo cuestiones jurídicas y fácticas, y se evidencia que lo pretendido es la impugnación de la prueba de presunciones utilizada por la sentencia de la Audiencia, así como de los hechos probados sentados en la misma.

Otra vez nos encontramos ante cuestiones de clara naturaleza probatoria, que debieron haberse canalizado por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal y no por el de casación.

Asimismo, se soslayan los hechos probados y, a partir de una construcción propia y unilateral de la parte recurrente, se extraen consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con la prueba, lo que supone hacer supuesto de la cuestión y determina el periclitamiento del motivo.

CUARTO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en el mismo (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad "Neumáticos Barcelona, S.L." contra la sentencia dictada por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha de dos de marzo de dos mil cuatro. Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en este recurso. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Román García Varela.- José Antonio Seijas Quintana.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Firmado y rubricado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Román García Varela, 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.





2009/134702

TS Sala 2ª, Sentencia 1 junio 2009. Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

## Delito de estafa impropia al otorgar contrato simulado en perjuicio de tercero

*Desestimando el recurso de casación interpuesto por el acusado y la responsable civil subsidiaria, la Sala acoge el formulado por la acusación particular, ambos contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de falsedad, estafa, usurpación de estado civil y personalidad. El TS dicta segunda sentencia por la que establece que los hechos son también constitutivos de un delito de estafa, al darse los presupuestos inherentes a este tipo penal, a saber, contrato inexistente por falta de facultades jurídicas, contrato de fiducia "cum creditore", arrendamiento con opción de compra, o bien un acto jurídico de financiación encubierta, por lo que existe simulación en perjuicio de un tercero.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Segunda, llevó a cabo una serie de pronunciamientos absolutorios y condenó a Josefa como autora de un delito continuado de falsedad documental pública, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas que dejamos consignadas en nuestros antecedentes, absolviéndola del resto de los delitos por los que fue acusada, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación Everardo y "Equipo de Inversiones, S.A." por un lado, y la representación procesal de la acusación particular, que defiende los intereses de Cornelio.

Recurso de Cornelio.

**SEGUNDO.-** Los tres primeros motivos de su recurso se refieren al delito de usurpación de estado civil, del que fue absuelta Josefa.

Disponen a estos efectos los hechos probados de la sentencia recurrida, que tal señora se encontraba divorciada del recurrente, desde el día 21 de diciembre de 1982, mediante resolución judicial que disolvía pero no liquidaba el régimen económico matrimonial de gananciales, por cuanto el piso común (sito en la CALLE000, núm. 000 - núm. 001 de Cádiz), continuaba para el uso de ella y de sus cuatro hijos, hasta que éstos fuesen mayores de edad.

El día 6-10-1989, compareció ante notario para otorgar una escritura de préstamo hipotecario, al necesitar dinero con la garantía del referido piso, pero como ella era solamente

titular registral dominical al 50 por 100, se presentó una tercera persona, aparentando ser su esposo, titular del otro 50 por 100, sin que éste estuviera efectivamente presente en tal otorgamiento, y sin que se haya averiguado quién fue efectivamente el que le suplantó.

Realizada la escritura de hipoteca, otorgada, pues, ficticiamente a favor de los cónyuges antedichos, esa tercera persona, haciéndose pasar por Cornelio, ante el propio notario, otorga un poder general a favor de Josefa, de amplísimas facultades, para realizar todo tipo de operaciones, incluida la disposición de los bienes.

Con este poder, se otorgan por dicha señora sucesivos actos de financiación con garantía hipotecaria, que son relatados en el "factum" de la sentencia recurrida, hasta que, con fecha 22 de noviembre de 1994, se lleva a cabo la misma disposición del piso, a favor de Everardo, en una notaría de Madrid, en donde la Sra. Josefa exhibe de nuevo tal poder, celebrando un contrato de compraventa, sin que el comprador supiera de la falsedad del poder ni del verdadero estado civil de la vendedora.

El precio de la venta fue de diez millones de las antiguas pesetas, terminando por poner el piso tal comprador a nombre de la entidad mercantil "Equipo de Inversiones, S.A.", en la persona de un empleado de dicha sociedad (se desconocen más datos de esa disposición).

La Sala sentenciadora de instancia razona que los hechos enjuiciados no constituyen el delito acusado de

usurpación de estado civil, en tanto que ésta se ha producido en una sola "ocasión" -se dice- y este delito tiene una vocación de permanencia incompatible con los hechos probados en la recurrida.

El art. 401 del Código penal sanciona penalmente a quien "usurpare el estado civil de otro". Analiza este delito, la STS de 23 de mayo de 1986, pero referido al tipo penal del Código penal de 1973, en el Capítulo primero del Título XI del Libro II de dicho Código Penal, concretamente en el artículo 470 del mismo -464 en el Código de 1932-, idéntico al actual en su estructura, que describe y sanciona el denominado delito de usurpación de estado civil.

La doctrina científica, por unanimidad, sostiene que el sujeto activo, de esta infracción, lo puede ser cualquiera con tal de que sea imputable, aunque es preciso reconocer que, en muchos casos, será necesario que el agente posea cualidades y se halle en circunstancias personales propicias para poder suplantar la personalidad de otro; también se agrega que, sujeto pasivo lo puede ser cualquiera, incluso los menores e incapacitados, lo cual, en determinados supuestos es dificultoso, puesto que v. gr. difícilmente un adulto podría subrogarse en el "status" de un niño de pocos años.

Doctrinalmente se han dado muchas definiciones de la figura delictiva estudiada; la más antigua de ellas entiende que "usurpar el estado civil de una persona es fingirse ella misma para usar de sus derechos, es suplantarse su filiación, su paternidad, sus derechos conyugales, es la falsedad aplicada a la persona y con el ánimo de sustituirse por otra real y verdadera", pero abundan otras concepciones, tales como las siguientes: ficción del agente de ser una persona distinta, con ánimo de usar de sus derechos; sustitución de otro, asumiendo la personalidad de éste y ejercitando los derechos y acciones que le competen; no es bastante -se ha sostenido- para la existencia del delito, con arrogarse una personalidad ajena, asumiendo el nombre de otro para un acto concreto; es condición precisa que, la suplantación, se lleve a cabo para usar de los derechos y acciones de la persona sustituida; no comete el delito quien se limita a una ficción esporádica, como quien, en un momento determinado, se hace pasar por otro, la acción consiste en simular una identidad o filiación distinta de la que corresponde al sujeto, pero, la persona sustituida, ha de ser real, siendo indiferente que haya o no fallecido; usurpar equivale a arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro y usar de ellos como si fueran propios; es indispensable la intención de usar de los derechos y acciones de la persona suplantada, lo que no exige el Código pero se desprende de la propia significación del vocablo; y finalmente, la indicada doctrina científica, destaca las seme-

janzas que existen entre la figura estudiada y la de uso de nombre supuesto -artículo 322 del Código Penal (derogado)-, diferenciándose de la misma por la existencia real y efectiva de la persona y por la persistencia en la ficción con el consecutivo ejercicio efectivo de las facultades inherentes a la ajena personalidad.

Por su parte, la jurisprudencia, ha declarado lo que sigue: en las sentencias de 5 de mayo de 1887, 7 de octubre de 1882, 21 de diciembre de 1893 y 16 de abril de 1901, se dice que es condición precisa, para la concurrencia de la infracción, que la suplantación se lleve a cabo para usar de los derechos y acciones de la persona sustituida; la de 23 de febrero de 1935, indica que se ha de suplantarse la personalidad de otro, arrojándose así como su profesión; la de 8 de marzo de 1947, estimó que, comete usurpación, quien, sin necesidad de una suplantación total, ejerce los actos propios de otra persona con una cierta continuidad y trascendencia, sin que dichos actos le correspondan; la de 27 de septiembre de 1958, después de subrayar que, usurpación, gramaticalmente, equivale a "arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otros y usar de ellos como si fueran propios", añade que, la mentada infracción, equivale a sustituir la personalidad ajena suficientemente conocida a fin de aprovecharse de sus derechos con el natural perjuicio que, esa suplantación, implica; la de 4 de abril de 1960, entiende que no hubo usurpación del estado civil de un hermano cuando se asumió e invocó el nombre de éste tan sólo para la obtención de un pasaporte, y ello porque no se trató de privación total de la personalidad de otro ni de sustitución del mismo en todos sus derechos; por último, la sentencia de 3 de junio de 1966 se ocupó de un problema de coautoría.

Es interesante también destacar que la opinión dominante sostiene que la persona sustituida ha de ser real y existente, nunca imaginaria, y además viva, pues no es apta para la usurpación pasiva la persona fallecida; agregando, en lo que respecta a la consumación, que basta, para que se produzca, con la posesión momentánea del estado civil ajeno, o con el disfrute, aunque sea temporal y transitorio, por parte del delincuente, de los derechos correspondientes a la persona cuyo lugar, falsamente, ha logrado ocupar; insistiendo en que aquel que usurpa un solo derecho inherente al estado civil de una persona, aunque la usurpación fuere breve, comete el delito estudiado en grado de consumación.

En resumen, puede apreciarse que la doctrina científica se contradice a veces, no logrando un concepto unánime y sin fisuras, pero acudiendo a la concepción dominante y a lo declarado por la jurisprudencia, es claro que no basta una suplantación momentánea y parcial, sino que es

preciso continuidad y persistencia, y asunción de la total personalidad ajena con ejercicio de sus derechos y acciones dentro de su "status" familiar y social.

En el caso enjuiciado, el recurrente quiere ver este delito en tanto que Josefa presentó a ese tercero como su esposo, y en la permanencia que resulta de la presentación del poder en seis instrumentos públicos.

Pero tales argumentos no pueden ser aceptados. Primeramente, porque en el otorgamiento del poder en nombre de Cornelio, comparece, no ella misma, sino un tercero, del que no se ha acreditado su personalidad (hecho 2 del "factum"), aspecto éste aceptado por el recurrente, de modo que tal comisión delictiva, de existir, estaría a cargo de un tercero que no ha sido identificado como suplantador, lo que, de por sí sería suficiente para rechazar esta censura casacional.

En el resto de las ocasiones, se utiliza un poder, pero no se suplanta la personalidad de nadie, al comparecer esa señora, en nombre propio, bien como hipotecante de nuevo, o para cancelar hipotecas ya satisfechas al acreedor hipotecario.

Luego tal señora no usurpa el estado civil de su anterior esposo, sino que fue aquel tercero quien lo hizo al comparecer y otorgar el tan repetido poder de tan amplias facultades.

Pero, en todo caso, lo que nos resulta trascendente es que, habiendo sido condenada Josefa como autora de un delito continuado de falsedad documental pública (art. 392), por haber falseado su intervención en dichos instrumentos públicos, tal condena impide, en virtud del principio de la proscripción de la doble valoración que, a su vez, sean constitutivos de este delito de usurpación de estado civil, y también del número 3º del art. 390 del Código penal: suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

En consecuencia, como ya hemos adelantado, esta censura casacional no puede ser atendida.

**TERCERO.-** En el cuarto motivo, formalizado por infracción de ley, del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente denuncia la indebida aplicación del art. 251.3º del Código penal vigente de 1995, o el idéntico delito descrito en el art. 532.2º del Texto Refundido de 1973, dada la fecha de ocurrencia de los hechos y en ambos casos, es claro que la conducta consiste en otorgar un contrato simulado en perjuicio de otro.

Y ello con relación a la disposición final del referido piso, que se produce ante comparecencia notarial

el día 22 de noviembre de 1994, siendo comprador Everardo.

Los hechos probados así lo relatan (párrafo segundo del apartado 5 de los mismos), previa exhibición del poder tantas veces referido, lo que la otorgaba la posibilidad de vincular en tal contrato de compraventa, por precio de diez millones de pesetas, la totalidad de la participación dominical de tal inmueble, otorgando este contrato sin duda en perjuicio de su anterior marido, que desconocía todo lo referente a tal disposición patrimonial, y cuando no estaba todavía liquidada, aunque sí disuelta, su sociedad de gananciales, a cuya titularidad se había atribuido el piso en cuestión, y del que seguía el recurrente ostentando su participación indivisa del 50 por 100 en el registro de la propiedad, y también en la esfera civil sustantiva, naturalmente.

No puede decirse que no fuera un perjudicado con tal transmisión, sin que quepa duda alguna al respecto.

Y respecto a la simulación, lo que hizo la acusada fue encubrir en la compraventa un negocio fiduciario, al constar en la resultancia fáctica que "previamente el Sr. Everardo y la Sra. Josefa firmaron un contrato de arrendamiento del piso adquirido por una renta mensual de 100.000 pesetas y una opción de compra del piso durante un año", y aunque, también se declara, que no se ha acreditado que tal venta tuviera por finalidad el alzamiento de bienes relativos a la ejecución hipotecaria que ya estaba iniciada por la entidad Financiera del Genil S.A. (el día 21 de octubre de 1994), ello no impide que la propia simulación no perjudicara a Cornelio como titular del 50 por 100 de tal piso, del que se vio privado, ni, por supuesto, que tal simulación se hallare, no solamente en la previa existencia de tal pacto fiduciario, sino también en la propia conducta de Josefa, que aparentaba vender un piso que no le correspondía en su totalidad.

Como estafa impropia que es, la naturaleza de la simulación no supone exclusivamente celebrar un contrato por otro, que es el disimulado (que aquí por cierto también concurre), sino celebrar un contrato sin facultades para llevarlo a cabo, engañando y perjudicando a un tercero con su actuación, pues en tal caso ese inexistente negocio jurídico se encuentra simulado, al carecer de poder jurídico para poder consumarlo.

La propia fundamentación jurídica señala que el contrato de compraventa en realidad es un modo de obtener financiación por parte de la acusada. La disimulación es, pues, diáfana.

A tal efecto, nos dicen las SSTs de 30-1-1995 y 18-2-1991 que "el delito de estafa ejecutado a través de un contrato simulado, tipificado en el art. 532.2º del Código Penal de

1973 denominado por la doctrina, falsedad defraudatoria, estafa documental y también simulación de fraude, exige para poderse apreciar los siguientes condicionamientos:

a) en cuanto a la acción, el hecho de otorgar un contrato como sinónimo de extender un documento público o privado y a través del que se pone de relieve un negocio jurídico sin existencia real alguna (simulación absoluta) o con ocultación del contrato verdadero (simulación relativa);

b) desde la óptica de la antijuridicidad, que el resultado de la simulación tenga una valoración perjudicial de carácter patrimonial, conforme a la normativa jurídica que regula el tráfico de bienes;

c) en cuanto a la culpabilidad, que se tenga conciencia y voluntad libre de la simulación realizada, de la que debe derivarse, con toda claridad, la existencia de un ánimo tendencial dirigido a causar el perjuicio patrimonial que ha de redundar en beneficio de los sujetos activos de la acción".

Desde todas las anteriores perspectivas: contrato inexistente por falta de facultades jurídicas, contrato de fiducia "cum creditore", arrendamiento con opción de compra, o bien un acto jurídico de financiación encubierta, existe simulación en perjuicio de un tercero, por lo que el motivo será estimado y Josefa será condenada por tal delito de estafa impropia en la segunda sentencia que ha de dictarse al efecto.

**CUARTO.-** Siendo ello así, es claro que los motivos 5º, 6º y 7º de este recurrente, que se dirigen a la condena de la acusada como autora de un delito común de estafa, ya no pueden ya ser analizados, porque la calificación jurídica precedente impide esta otra consideración penal.

En efecto, Cornelio no ha sido objeto de un engaño directo por parte de su anterior esposa, que le haya producido un error y en esta situación de confusión le haya, a su vez, inducido a realizar un desplazamiento patrimonial en su perjuicio (menos en el de un tercero), que, en realidad, es como se define la estafa común por la que acusa ahora el recurrente.

Nada de ello existe en los hechos probados, sino la reiterada intervención en instrumentos documentales públicos mendaces, utilizando un poder falso, que termina por servir para vender el piso común, aparentado unas facultades jurídicas inexistentes, con objeto de financiación, pero permaneciendo en su uso, privando de tal bien a su cotitular real, y perjudicándole en suma con este negocio jurídico.

Así lo expone la propia representación procesal de Josefa: lo realmente ocurrido ha sido que "mediante la

utilización de un poder falso se ha realizado en su nombre (de Cornelio) un acto de disposición".

Al ser, pues, incompatible este planteamiento con el anterior, y siendo este último estimado, es claro que el ahora propuesto merece su desestimación.

**QUINTO.-** Los motivos 8º y 9º, tanto desde el plano de la motivación de la sentencia recurrida, como desde una óptica exclusivamente sustantiva, se refieren a la responsabilidad civil resultante de la conducta criminal de la acusada, así como también el propio ámbito de las costas procesales de la acusación particular.

Desde el punto de vista primeramente citado, el recurrente lo reconduce, en toda la extensión de su desarrollo expositivo, a la resultante del delito de usurpación del estado civil. Al proceder la desestimación del motivo consistente en su misma consideración jurídica de tal inculminación, es obvio que la responsabilidad civil debe correr igual suerte.

Sin embargo, con respecto al concurrente delito de estafa impropia (simular en perjuicio de otro un contrato), los resultantes perjuicios de tal conducta, cometida por Josefa, en la esfera de incidencia sobre los daños causados por responsabilidad civil a su anterior esposo y aquí recurrente, Cornelio, al serle privado de un bien ganancial, si bien disuelta la comunidad existente sobre tal piso, pero aún no liquidada, deberán ser determinados en ejecución de sentencia, como autoriza el art. 115 del Código penal.

Todo ello, sin perjuicio de la suma de 50.000 euros que, en concepto de daños morales concede la sentencia recurrida, y que ha sido consentida por la condenada en la instancia.

Por consiguiente, los perjuicios a los que nos referimos son materiales y siempre que tengan la debida acreditación en ejecución de sentencia, y previo expediente contradictorio al respecto.

Pero repetimos por daños materiales consecuencia de tal acción, porque los morales ya están tasados por el Tribunal de instancia, cuya argumentación mantenemos aquí, y la asumimos como propia.

Y en lo que respecta a las costas procesales de la acusación particular, el apoyo del Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, nos lleva a considerar razonable y aceptable su posición jurídica, por cuanto señala que las peticiones mantenidas por aquella fueron muy similares a las del Ministerio Público en la instancia, si bien implicando a mayor número de personas que aquí el recurrente ha restringido exclusivamente a Josefa.

Y ello de conformidad con la doctrina legal de esta Sala Casacional en

orden a las costas procesales de la acusación particular, que ha prescindido del carácter más o relevante de su actuación en la causa, para adentrarse en parámetros de homogeneidad con las mantenidas por el Ministerio Fiscal, y en definitiva, las aceptadas por el Tribunal sentenciador, quedando descartada la condena en costas en caso de peticiones absolutamente heterogéneas o que se evidencien como inviábiles, inútiles o perturbadoras.

En consecuencia, se condenará a Josefa también a las costas procesales de la acusación particular en la instancia.

Recurso de Everardo y de "Equipo de Inversiones, S.A."

SEXTO.- Tras un segundo motivo formalizado por "error facti", al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha de ser desestimado, en tanto que no propone documento literosuficiente alguno, limitándose a defender la titularidad del piso de Cádiz a nombre de Josefa, por disolución de su sociedad de gananciales, cuando es lo cierto que no se liquidó en momento alguno, como es un hecho incuestionable (y así lo expone igualmente la sentencia recurrida), pues de otra manera no hubiera hecho falta utilizar el falso poder del que tuvo que valerse para simular un contrato de compraventa, como ya lo hemos dejado expuesto, toda la línea defensiva de este recurrente gira, en el primer motivo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la indebida aplicación de los arts. 110 y 111 del Código penal, cuando es lo cierto que ni siquiera tiene legitimación para recurrir la sentencia recurrida, en tanto que ha resultado absuelto por la misma. Insiste en su condición de tercero hipotecario, al amparo de lo autorizado en el art. 34 de la Ley Hipotecaria, siendo así que, lejos de ser un tercero, es un partícipe acusado por el delito cometido por Josefa, aunque absuelto en la instancia, al hacer constar el "factum", que tal recurrente "no tuvo conocimiento de la falsedad del poder ni del verdadero estado civil de la vendedora".

Y también se hace constar que previamente había firmado un contrato de arrendamiento del piso adquirido por una renta mensual de 100.000 pesetas, con una opción de compra durante un año.

Y nada importa que el 50 por 100 del piso fuese, en tal caso, una venta legítima, como también alega, pues el contrato en un todo es simulado, sin que pueda dividirse por partes, a elección de este recurrente, a quien le quedan expeditas las acciones civiles correspondientes, si considera que se le ha causado algún perjuicio.

En esta jurisdicción penal no se puede entrar a decidir estas cuestio-

nes, lo que resulta palmario, sino exclusivamente a aplicar el Código penal en cuanto a la actuación de la Sra. Josefa.

Y lo propio cabe decir respecto a "Equipo de Inversiones, S.A.", pues la parte dispositiva de la resolución judicial recurrida se refiere a la nulidad de todas las escrituras reseñadas en los números 1 a 5 de los hechos probados, y esta última escritura pública (si existió) no tiene una cita clara en los mismos, ni en fecha ni en notario autorizante, ni consecuentemente en su traducción a registro público alguno.

En consecuencia, procede la desestimación de esta censura casacional.

SÉPTIMO.- Procede, pues, la estimación del recurso de Cornelio, con declaración de oficio de las costas procesales, y por el contrario, la desestimación del recurso de Everardo y "Equipo de Inversiones, S.A.", con la oportuna condena en costas procesales, todo ello de conformidad con lo previsto en el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado Everardo y de la entidad Equipo De Inversiones SA. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación legal de la Acusación Particular Cornelio contra Sentencia núm. 146/2008 de 6 de junio de 2008, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba.

Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso. Ordenamos la devolución del depósito legal si en su día lo hubiere constituido.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Diego Ramos Gancedo

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de junio de dos mil nueve.

El Juzgado Mixto núm. 1 de Puente Genil incoó P.A núm. 9/2002 por delitos de falsedad, estafa, usurpación de estado civil y personalidad contra Josefa, con DNI núm. 002, nacida el 15 de abril de 1946 en Bilbao (Vizcaya), hija de Germán y Concepción, con instrucción, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa, Ángel Daniel, con DNI núm. 003, nacido el 20 de febrero de 1947 en Cádiz, hijo de José y Antonia, con instrucción, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa, Everardo, con DNI núm. 004 nacido el 26 de mayo de 1949, en Cigüela (Valladolid), hijo de Teófilo y de Gregoria, con instrucción, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa, Arturo, con DNI núm. 005, nacido el 6 de septiembre de 1952, cuyos demás datos de filiación no constan, con instrucción, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa, Cirilo, con DNI núm. 006, nacido el 17 de noviembre de 1962, en San Fernando (Cádiz), hijo de Francisco y Carmen, con instrucción, sin antecedentes penales, insolvente y en libertad provisional por esta causa, y Virgilio, con DNI núm. 007 nacido el 20 de diciembre de 1951 en A Estrada (Pontevedra) hijo de Manuel y María, con instrucción, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa; y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, que con fecha 6 de junio de 2008 dictó Sentencia núm. 146/2008, la cual ha sido recurrida en casación por la representación legal de la Acusación Particular Cornelio y del acusado absuelto por la Sentencia Everardo y de la entidad Equipo De Inversiones SA, adhiriéndose a éste el acusado también absuelto Virgilio, y ha sido casada y anulada en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- Hechos Probados.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo argumentado en nuestra anterior Sentencia Casacional, debemos condenar a Josefa, además de por la falsedad, ratificando ese pronunciamiento consentido por ella, por un delito de otorgamiento de contrato simulado, como estafa impropia, del art. 532.2º del Código penal de 1973, dada la fecha de comisión de los hechos (1994), y del carácter mucho más favorable de este precepto que el actual art. 251.3º del propio Código penal, imponiendo a la acusada dos meses de arresto mayor, en función de la larga duración de este proceso, y la concurrencia ya apreciada de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, conforme a lo dispuesto en la regla primera del antiguo art. 61 del Código penal de 1973.

La indemnización civil se determinará conforme a lo autorizado en el art. 115 del Código penal, condenando a la acusada en costas de la acusación particular, ordenándose la nulidad de la escritura pública de fecha 22 de noviembre de 1994.

#### FALLO

Que manteniendo todos los extremos absolutorios de la sentencia recurrida, y la condena por el delito continuado de falsedad documental, hemos de condenar también, como debemos, a Josefa como autora criminalmente responsable de un delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de dos meses de arresto mayor, y a que en concepto de indemnización civil, abone la cantidad que sea determinada en ejecución de sentencia, conforme a las bases ya expresadas en nuestra fundamentación jurídica (perjuicios materiales), por los causados a Cornelio como consecuencia del otorgamiento del contrato de compraventa y escritura pública de 22 de noviembre de 1994, reiterándose la nulidad de la misma, con la oportuna condena en costas, en las que se incluirán las correspondientes a la acusación particular.

En lo restante, como decimos, se mantiene el fallo de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Artemio Sánchez Melgar.- José Ramón Soriano Soriano.- Francisco Monterde Ferrer.- Diego Antonio Ramos Gancedo.

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





2009/166004

TS Sala 4ª, Sentencia 25 junio 2009. Ponente: D. Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

## Fecha de efectos del incremento de una pensión por IPT

*Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que entendió que el incremento del 20% en una pensión ya reconocida de IPT no retrotrae sus efectos a los tres meses anteriores a la solicitud, sino que los mismos se producen en el momento en el que el beneficiario cumpla 55 años.*

*Explica la Sala que siendo el incremento debatido un complemento de naturaleza prestacional, aunque no sea una propia prestación, se impone aplicar al mismo el régimen jurídico de la prescripción.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 7 de los de Málaga dictó sentencia el 23 de julio de 2007, autos 464/06, estimando la demanda interpuesta por D. Alberto frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, condenando al demandado a que abone al actor el incremento del 20% en la prestación de incapacidad permanente total, con efectos desde el 8 de septiembre de 2002.

Tal y como resulta de dicha sentencia el actor tiene reconocida por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Málaga, de 17 de enero de 1997, una invalidez permanente total para su profesión habitual, con derecho al percibo de una prestación del 55% de la base reguladora establecida, habiendo solicitado el 15 de junio de 2005 al Instituto Nacional de la Seguridad Social el incremento del 20%, al haber cumplido 55 años el 8 de septiembre de 2002. Recurrida en suplicación por la parte demandada, Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, dictó sentencia el 29 de mayo de 2008, recurso 463/08, desestimando el recurso interpuesto.

La sentencia entendió que el incremento del 20% en una pensión ya reconocida de incapacidad permanente total no retrotrae sus efectos a los tres meses anteriores a la solicitud, como pretende la entidad gestora, sino que los mismos se producen en el momento en el que el beneficiario, que ha solicitado dicho incremento, cumpla 55 años, invocando la jurisprudencia de esta Sala de 14-3-1995, 25-3-1993 (rec. 690/92), 7-7-1993 (rec. 1193/92), 23-1-1995 (rec. 1130/94), 22-22-96 (rec. 3348/95) y 26-3-01.

En la última de las sentencias citadas se señala que los efectos económicos de una pensión ya reconocida no se retrotraen a los tres meses anteriores a la petición deducida, sino que deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, con el límite de cinco años y es que, cuando se ha reconocido la procedencia de derecho a la prestación, sus efectos iniciales ya han quedado fijados, de modo que si después pretende y se consigue un aumento de la cuantía, los efectos de este incremento deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento inicial del derecho, con el límite indicado de cinco años. Contra dicha sentencia se interpuso por la parte demandada recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 12 de marzo de 2007, recurso 4885/05. La parte actora no se ha personado, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima procedente el recurso formulado.

SEGUNDO.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes. La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 12 de marzo de 2007, recurso 4885/05, estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de julio de 2005, recurso 6332/04, interpuesto frente a la

sentencia dictada el 11 de mayo de 2004 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona, en los autos 619/03, seguidos a instancia de Dª Elvira contra dicho recurrente, sobre prestaciones y, casando la sentencia recurrida, estableció que el reconocimiento del incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total, sólo tendrá efectos desde los tres meses anteriores a la solicitud efectuada el 15 de abril de 2003. Consta en dicha sentencia que la actora, afiliada al RETA, fue declarada en situación de incapacidad permanente total, con efectos de 13-12-1994 y pensión del 55% de la base reguladora, habiendo solicitado revisión en el sentido de que el régimen de aplicación debería ser el general y la base reguladora de 368'45 euros.

La sentencia entendió que los efectos económicos del incremento del 20% de los porcentajes aplicables a la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total -por cumplimiento de la edad de 55 años- han de retrotraer sus efectos a los tres meses anteriores a la solicitud de dicho incremento formulada por el beneficiario, pues la autonomía de dicho complemento justifica que el mismo tenga un tratamiento similar al que el artículo 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social establece para las prestaciones. Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por la Ley de Procedimiento Laboral, pues en ambas se trata de trabajadores a los que se ha reconocido una incapacidad permanente total, con derecho a pensión del 55% de la base reguladora, solicitando posteriormente el incremento del 20%, por haber cumplido la edad de 55 años, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios, ya que mientras la recurrida entiende que los efectos económicos de tal incremento han de retrotraer a la fecha en la que el beneficiario cumplió 55 años, la de contraste resolvió que dichos efectos han de limitarse a los tres meses anteriores a la solicitud del citado incremento.

Cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- El recurrente denuncia infracción, por la sentencia recurrida, de lo dispuesto en el artículo 43 "in fine" en relación a lo previsto en el artículo 139.2, párrafo segundo, de la Ley General de la Seguridad Social. Aduce, en esencia, con cita de la doctrina de esta Sala, contenida en las sentencias de 7-7-93, 22-11-96, 11-10-01, 26-12-05, 4-3-93, 21-3-94 y 22-11-99, que el complemento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total tiene una cierta autonomía con requisitos específicos de acceso al mismo que aproximan su régimen jurídico al que es propio de una prestación y

esta autonomía justifica un tratamiento similar al que el artículo 43.1 de la L.G.S.S. establece para las prestaciones.

La cuestión ha sido abordada ya por esta Sala en sentencia de 12 de marzo de 2007, recurso 4885/05 (citada como sentencia de contraste por la recurrente) y 9 de octubre de 2008, recurso 4609/07, a cuya doctrina debemos atenernos por evidentes razones de seguridad jurídica y por no apreciarse dato alguno que aconseje un cambio jurisprudencial. En la última de las sentencias recurridas se razona lo siguiente:

"2.- Para la solución del problema aquí planteado es preciso partir de la concreta regulación que en nuestro derecho se hace de ese incremento del 20% que fue introducido por el art. 11.4 de la Ley 24/1972, de 21 de junio, desarrollado por el art. 6 del Decreto del 23 de junio del mismo año, y actualmente incorporado al apartado 2 del art. 139 LGSS en cuyos preceptos no solo condicionan el requisito para obtener el indicado incremento al hecho de tener una determinada edad sino también a la concurrencia de otras circunstancias que den lugar a presumir la dificultad del interesado para obtener otro empleo en actividad distinta de aquella para la que fue declarado incapaz cuales la falta de preparación general o especializada u otras circunstancias sociales y laborales.

De ello se desprende que, aun cuando en determinados momentos esta Sala sostuvo que con el cumplimiento de aquella edad ya se consideraba suficientemente presumible el concurso de las otras exigencias -SSTS 10-3-87 o 4-3-1992 (rec.-1020/91)- no está previsto en la Ley que el reconocimiento de ese porcentaje de incremento de la prestación haya de ser automático.

En el texto legal, aun cuando está claro que dicho incremento no configura una nueva prestación sino que es un mero complemento de la incapacidad permanente total, y por ello no tiene vida propia sino dependiente de aquélla, como ya dijo esta Sala en SSTS 22-5-1995 (rec.- 2559/94) o 22-11-1999 (rec.- 1074/99) dicho incremento si que goza de una cierta autonomía en su tratamiento legal pues aunque no se trata de un grado de invalidez ni de una prestación independiente, lo cierto es que en los requisitos de acceso a la protección y en la propia dinámica de ésta tiene caracteres específicos que aproximan su régimen jurídico al que es propio de una prestación que por ello hacen posible que en algunos aspectos sean aplicables al mismo las normas aplicables a una autentica prestación de la Seguridad Social.

3.- Siendo pues el incremento del 20% un complemento de naturaleza prestacional aunque no sea una propia prestación -SS (4ª) de 30-XI-1992 (rec.- 783/92), 7-II-1994 (rec.

2651/92)- se impone aplicar al mismo el régimen jurídico de la prescripción como esta Sala ya hizo en la STS 12-3-2007 (rec.- 4885/05), por lo tanto el régimen jurídico de que los efectos del reconocimiento del mismo se retrotraen a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud conforme a lo previsto en el art. 43.1 LGSS, como sostuvo el INSS en este procedimiento y había resuelto en este mismo sentido la sentencia aportada como de contraste.”

CUARTO.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto debatido conduce a la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado y a casar y anular la sentencia recurrida, lo que supone que la Sala debe pronunciar la sentencia adecuada a derecho, resolviendo el debate planteado en suplicación, conforme dispone el artículo 226 de la Ley de Procedimiento Laboral, sin que haya lugar a pronunciamiento alguno sobre el pago de las costas.

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

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en el recurso de suplicación núm. 463/08, la que casamos y anulamos, y resolviendo el debate planteado en suplicación, debemos estimar y estimamos el recurso de tal naturaleza interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada en la instancia por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Málaga en autos 464/06, seguidos a instancia de D. Alberto contra el citado recurrente, revocamos dicha sentencia desestimando la demanda en su día interpuesta, absolviendo al Instituto Nacional de la Seguridad Social de las pretensiones en su contra formuladas. Sin costas. Devuélvase las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Antonio Martín Valverde.- Jesús Gullón Rodríguez.- José Luis Gilolmo López.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Víctor Eladio Fuentes López.

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

2009/166022

TS Sala 4ª, Sentencia 22 junio 2009.  
Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

Fijada en sentencia dictada en proceso por reclamación de cantidad

### Abono por el FOGASA de indemnización por despido ante insolvencia empresarial

*Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el code mandado FOGASA contra sentencia que declaró su responsabilidad, en caso de insolvencia empresarial, en proceso sobre reclamación de indemnización por despido.*

*Señala la Sala que cuando no existe controversia alguna sobre la calificación del despido y la indemnización aplicable, no está obligado el trabajador a seguir un proceso de despido con la única finalidad de garantizar el abono de la indemnización reconocida, ni resulta exigible para el reconocimiento de la prestación de garantía a cargo del fondo el que se haya obtenido una sentencia específica de despido en estos casos en que no hay realmente una controversia de esta materia.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora fue despedida por causa disciplinaria, pero la empresa en la propia carta de despido reconoció la improcedencia del despido y puso a disposición la correspondiente indemnización. Pero ésta no fue abonada, ni consignada y tampoco se procedió al pago de los salarios y de la liquidación por cese.

Se presentó demanda reclamando estas cantidades, que fue estimada con condena de la empresa y absolución del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), “sin perjuicio de las responsabilidades legales en caso de insolvencia empresarial y por el total de la pretensión articulada”. Contra este último pronunciamiento recurrió en suplicación el FOGASA, denunciando la infracción del art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores para sostener que el FONDO sólo responde de las indemnizaciones por despido cuando éstas son establecidas por sentencia y que además no cabe realizar pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad en un proceso en que se ventila únicamente la reclamación de un crédito frente al empresario.

La sentencia recurrida desestima el recurso, argumentado que, por una parte, la resolución de instancia no contiene pronunciamiento alguno respecto al FOGASA, pues su eventual responsabilidad en orden a la prestación de garantía no quedaría condicionada por el fallo de instancia.

Por otra parte, añade la sentencia recurrida que no cabe admitir que el FOGASA carezca de responsabilidad alguna sobre la indemnización por despido por ser de aplicación la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su sentencia de 7 de septiembre de 2006 sobre la eficacia de la conciliación general en orden al reconocimiento de la prestación pública de garantía.

Recorre en casación para la unificación de doctrina el Abogado del Estado, aportando como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social de Cataluña de 22 de noviembre de 2006, que estima el recurso del FOGASA contra la sentencia de instancia que había condenado a la empresa al pago de la cantidad que se había comprometido abonar en la carta de despido y absolvía al Fondo sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponderle conforme al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

Considera la sentencia de contraste que el reconocimiento de la indemnización en una carta de despido no puede considerarse como título válido a efectos del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

SEGUNDO.- Existe la contradicción que se alega y a ella ha de ceñirse la respuesta de la Sala, sin que ésta pueda entrar, dado el planteamiento del recurso y de lo que dispone el artículo 227.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el examen de si el pronunciamiento sobre el FOGASA podía realizarse en estas actuaciones en las que el objeto del proceso versaba únicamente sobre la deuda reclamada al empresario, sin que existiesen los presupuestos para que pudiese actuar la garantía de la misma por el mencionado organismo.

Con estas limitaciones, el recurso, que denuncia la infracción del artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, debe ser desestimado, como propone el Ministerio Fiscal, porque la doctrina ya ha sido unificada por las sentencias de 4 de mayo de 2009 (recurso 2062/2006) y 10 de junio de 2009 (recurso 2761/2008), en las que se establece que cuando no existe controversia alguna sobre la calificación del despido y la indemnización aplicable no está obligado el trabajador a seguir un proceso de despido con la única finalidad de garantizar el abono de la indemnización reconocida (sentencia de 22 de enero de 2007)

y, en consecuencia, tampoco resulta exigible para el reconocimiento de la prestación de garantía a cargo del FOGASA el que se haya obtenido una sentencia específica de despido en estos casos en que no hay realmente una controversia de esta materia.

Por el contrario, basta, como título para obtener la garantía, la sentencia en la que se reconoce como no abonada la indemnización por despido y se condena a la empresa a su pago.

Esa así porque “esa indemnización no nace como se ha dicho, de una pura manifestación de voluntad de la empresa de resolver los contratos de trabajo reconociendo su improcedencia, sino de una sentencia judicial consecuencia de un proceso en el que no sólo fue parte el Fondo, sino que en él alegó lo que tuvo por conveniente”.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, con condena en costas de la parte recurrente.

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 el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 2 de abril de 2.008, en el recurso de suplicación núm. 1163/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2.007 por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, en los autos núm. 639/07, seguidos a instancia de Dª Angustia contra dicho recurrente, CULTURA, HOGAR Y SALUD, S.L., sobre cantidad. Condenamos a la entidad recurrente al abono de los honorarios del Letrado de la parte recurrida en la cuantía que, dentro de los límites legales, fijará la Sala si a ello hubiera lugar.

Devuélvase las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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



# TJCE

2009/183776

## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Tribunal de Justicia (CE) Sala 1ª, Sentencia 3 septiembre 2009

### Denegación del registro de la marca de aceites La Española por confusión con Carbonell

*El TJCE desestima el recurso de casación interpuesto frente a una sentencia que acogió el recurso presentado contra la resolución de la OAMI relativa a un procedimiento de oposición con respecto al registro de la marca “La Española”. La Sala señala que existe riesgo de confusión entre las marcas “La Española” y “Carbonell” atribuyendo a la comparación visual entre dichos signos un carácter esencial y ello sin prescindir del impacto del elemento denominativo ya que la marca “La Española” reproduce con enorme precisión lo esencial del mensaje y la impresión visual transmitida por la marca “Carbonell”, lo que supone inevitablemente para el consumidor un riesgo de confusión entre ambas marcas y ello aplicando correctamente la norma relativa a la apreciación global en el marco de la comprobación de la existencia de un riesgo de confusión entre las marcas en conflicto; por otro lado, en lo que atañe a la notoriedad, el renombre de la marca anterior -en este caso, la marca Carbonell- es el que debe tenerse en cuenta para apreciar si la similitud entre los productos designados por las dos marcas es suficiente para generar un riesgo de confusión; por consiguiente, en el caso de autos, la recurrente no puede oponer la notoriedad de la marca “La Española” en el mercado español del aceite de oliva para afirmar la inexistencia de riesgo de confusión entre las marcas en conflicto puesto que consta que aquella marca es posterior a la marca Carbonell.*

En el asunto C-498/07 P, que tiene por objeto un recurso de casación interpuesto, con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia, el 12 de noviembre de 2007, Aceites del Sur-Coosur, S.A., anteriormente Aceites del Sur, S.A., con domicilio social en Vilches (Jaén), representada por los Sres. J.-M. Otero Lastres y R. Jiménez Díaz, abogados, parte recurrente, y en el que las otras partes en el procedimiento son: Koipe Corporación, S.L., con domicilio social en San Sebastián, representada por el Sr. M. Fernández de Béthencourt, abogado, parte demandante en primera instancia, Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), representada por la Sra. J. García Murillo, en calidad de agente, parte demandada en primera instancia,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera), integrado por el Sr. P. Jann, Presidente de Sala, y los Sres. M. Ilešić, A. Tizzano (Ponente), A. Borg Barthet y J.-J. Kasel, Jueces; Abogado General: Sr. J. Mazák; Secretario: Sra. M. Ferreira, administradora principal; habiendo

considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 14 de octubre de 2008; oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 3 de febrero de 2009; dicta la siguiente

#### Sentencia

1. Mediante su recurso de casación, Aceites del Sur-Coosur, S.A., anteriormente Aceites del Sur, S.A. (en lo sucesivo, “Aceites del Sur”), solicita la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 12 de septiembre 2007, Koipe/OAMI - Aceites del Sur (La Española) (T-363/04, Rec. p. II-3355; en lo sucesivo, “sentencia recurrida”), en virtud de la cual dicho Tribunal estimó el recurso interpuesto contra la resolución de la Cuarta Sala de Recurso de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), de 11 de mayo de 2004 (asunto R 1109/2000-4; en lo sucesivo, “resolución impugnada”), relativa a un procedimiento de oposición entre Koipe Corporación, S.L. (en lo sucesivo, “Koipe”), y Aceites del Sur.

#### Marco jurídico

2. El artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (DO 1993, L 11, p. 1), dispone lo siguiente:

“Mediando oposición del titular de una marca anterior, se denegará el registro de la marca:

(...)

b) cuando, por ser idéntica o similar a la marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que ambas marcas designan, exista riesgo de confusión por parte del público en el territorio en que esté protegida la marca anterior; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior”.

3. El artículo 8, apartado 2, del mismo Reglamento establece:

“A efectos del apartado 1, se entenderá por “marca anterior”:

a) las marcas cuya fecha de presentación de la solicitud sea anterior a la de la solicitud de la marca comunitaria, teniendo en cuenta, en su caso, el derecho de prioridad invocado en apoyo de esas marcas, y que pertenezcan a las siguientes categorías:

i) las marcas comunitarias;

ii) las marcas registradas en un Estado miembro o, por lo que respecta a Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos, en la Oficina de marcas del Benelux;

iii) las marcas que hayan sido objeto de un registro internacional que surta efecto en un Estado miembro;

(...).”

#### Antecedentes de hecho del litigio

4. El 23 de abril de 1996, Aceites del Sur, una empresa española productora de aceites vegetales, presentó una solicitud de marca comunitaria ante la OAMI, en virtud del Reglamento n° 40/94, a fin de obtener el registro respecto a determinados tipos de productos, entre los que se incluyen “aceites y grasas comestibles”, de la marca figurativa “La Española”, que se reproduce a continuación:

5. El 23 de noviembre de 1998, se publicó la solicitud de marca en el Boletín de Marcas Comunitarias n° 89/98.

6. El 23 de febrero de 1999, la empresa Aceites Carbonell -transformada más tarde en Koipe- formuló oposición contra el registro de la mencionada marca, invocando, con arreglo en particular al artículo 8, apartado 1, letra b), la existencia de un riesgo de confusión entre la marca cuyo registro se solicitaba y la marca figurativa anterior de Koipe, a

saber, “Carbonell” (en lo sucesivo, “marca Carbonell”), que se reproduce a continuación:

7. Como pruebas de la existencia de la marca “Carbonell”, Koipe invocó seis registros de dicha marca en España, el registro comunitario “Carbonell” n° 338681 (en lo sucesivo, “registro comunitario”), dos registros internacionales y registros nacionales en Irlanda, Dinamarca, Suecia y el Reino Unido.

8. No obstante, la División de Oposición de la OAMI estimó que Koipe sólo había logrado demostrar la existencia de tres de los registros españoles y del registro comunitario para “aceite de oliva”.

9. Mediante la resolución n° 2084/2000, de 21 de septiembre de 2000, la División de Oposición de la OAMI desestimó la oposición de Koipe, basándose en que los signos en conflicto producían una impresión visual globalmente diferente y carecían por completo de elementos similares desde un punto de vista fonético, así como en la debilidad del vínculo conceptual ligado a la naturaleza y al origen agrícola de los productos, lo que excluía todo riesgo de confusión entre las marcas en conflicto.

10. El 19 de enero de 2001, Koipe interpuso ante la OAMI un recurso contra la resolución desestimatoria de la División de Oposición. El 11 de mayo de 2004, la Cuarta Sala de Recurso de la OAMI desestimó dicho recurso mediante la adopción de la resolución impugnada, la cual confirmó en lo sustancial que la impresión visual producida por los signos en conflicto era globalmente diferente.

11. Según la resolución impugnada, en primer lugar, los elementos gráficos, compuestos esencialmente por la figura de una persona sentada en un olivar, poseían escaso carácter distintivo en relación con el aceite de oliva, con la consecuencia de que debía atribuirse una importancia primordial a los elementos denominativos “La Española” y “Carbonell”. En segundo lugar, por lo que se refiere a la comparación de los signos desde el punto de vista fonético y conceptual, la Cuarta Sala de Recurso hizo constar que Koipe no había negado la total inexistencia de coincidencia entre los elementos denominativos, ni la debilidad del vínculo conceptual entre los signos en conflicto. Por último, aun reconociendo que la División de Oposición debería haberse pronunciado sobre la notoriedad de las marcas anteriores, la Sala de Recurso estimó que ni tal apreciación ni el examen de la documentación aportada ante ella para demostrar la mencionada notoriedad eran estrictamente necesarios, habida cuenta de que no concurría uno de los requisitos previos para poder apreciar la existencia de un riesgo de confusión con una marca de renom-

bre o notoria, a saber, el requisito de que exista similitud entre los signos.

Recurso ante el Tribunal de Primera Instancia y sentencia recurrida

12. El 31 de agosto de 2004, Koipe interpuso ante el Tribunal de Primera Instancia un recurso solicitando la anulación de la resolución impugnada.

13. Koipe invocó dos motivos de anulación, basados, por una parte, en la infracción del artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94 y, por otra, en la obligación de la OAMI de examinar las pruebas de la notoriedad de la marca anterior.

14. Antes de entrar en el fondo, el Tribunal de Primera Instancia hizo constar en el apartado 47 de la sentencia recurrida, con carácter preliminar, que existía discrepancia entre las partes en cuanto a los registros que debían tenerse en cuenta para determinar si existía el derecho de oposición reivindicado por Koipe. La controversia en cuestión versaba, en particular, sobre el hecho de que, según la OAMI y Aceites del Sur, al ser la fecha de presentación del registro comunitario posterior a la de la presentación de la marca cuyo registro se solicitaba, la Sala de Recurso no debería haber tenido en cuenta aquel registro.

15. El Tribunal de Primera Instancia consideró, no obstante, que esa cuestión carecía de pertinencia a efectos de la resolución del litigio, pronunciándose de la siguiente manera en el apartado 48 de la sentencia recurrida:

“En efecto, la resolución impugnada se basa esencialmente en la inexistencia de similitud entre el elemento figurativo de la marca Carbonell y el de la marca solicitada. Ahora bien, el elemento figurativo de la marca Carbonell es idéntico en todos los registros invocados por (Koipe), tanto en los que tuvo en cuenta la Sala de Recurso como en aquellos que la misma excluyó”.

16. Tras esta consideración preliminar, el Tribunal de Primera Instancia examinó el primer motivo del recurso, en el que Koipe sostenía que, en la resolución impugnada, la OAMI no había tenido en cuenta ni el hecho de que las marcas en conflicto eran globalmente similares a primera vista, similitud que podía originar confusión en el mercado, ni el hecho de que el producto que constituía el objeto de la solicitud de registro -en el caso de autos, el aceite de oliva- era idéntico al producto designado con la marca anterior.

17. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia hizo constar, en los apartados 75 a 78 de la sentencia recurrida, que, en la resolución impugnada, la Sala de Recurso se había limitado a señalar, para fundamentar su conclusión relativa al escaso carácter

distintivo de los elementos figurativos de las marcas en conflicto, que la representación controvertida, consistente esencialmente en una persona sentada en un olivar, no es inhabitual en el ámbito de las marcas de aceite de oliva. No obstante, según el Tribunal de Primera Instancia, no se indican las razones por las que dicha Sala llegó a tal conclusión y ésta no mencionó ninguna otra marca, además de las marcas en conflicto, que contenga un elemento figurativo similar al utilizado por estas últimas.

18. El Tribunal de Primera Instancia dedujo de lo anterior, en el apartado 87 de la sentencia recurrida, que la Sala de Recurso había incurrido en error al llegar a la conclusión del escaso carácter distintivo de los elementos figurativos de las marcas en conflicto.

19. En los apartados 88 y 89 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia declaró que la Sala de Recurso había incurrido en error al considerar que la comparación del elemento denominativo de las marcas en conflicto había adquirido en el caso de autos una importancia primordial debido al escaso carácter distintivo de los elementos figurativos de dichas marcas.

20. En el apartado 91 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia declaró que el elemento figurativo ocupa un lugar mucho más importante, en términos de superficie, que el elemento denominativo.

21. A este respecto, en los apartados 92 y 93 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia indicó en particular que, tal como “en otros procedimientos de oposición la propia OAMI (había) sostenido”, “el elemento denominativo “La Española” no tiene sino escaso carácter distintivo. Esta palabra es de uso corriente en España y es percibida como descriptiva del origen geográfico de los productos”.

22. En cuanto a la similitud de las marcas y al riesgo de confusión, en el apartado 103 de la sentencia recurrida se declaraba lo siguiente:

“El Tribunal de Primera Instancia estima que el conjunto de los elementos comunes a las dos marcas en conflicto produce una impresión visual global de gran similitud, ya que la marca La Española reproduce con enorme precisión lo esencial del mensaje y la impresión visual transmitida por la marca Carbonell: mujer ataviada con un traje típico, sentada de una determinada manera, próxima a un ramo de olivo y sobre un fondo de olivar, estando dotado el conjunto de una disposición casi idéntica de los espacios, de los colores, de los lugares en los que se inscriben las denominaciones y de la manera en que se plasman tales inscripciones”.

23. En los apartados 104 y 105 de la sentencia recurrida, el Tribunal de

Primera Instancia consideró que esta impresión global similar supone inevitablemente para el consumidor un riesgo de confusión entre las marcas en conflicto y que tal riesgo de confusión no resulta atenuado por la existencia de un elemento denominativo diferente, habida cuenta del muy escaso carácter distintivo de un elemento denominativo que hace referencia al origen geográfico del producto.

24. Por último, tras recordar, en el apartado 107 de la sentencia recurrida, la jurisprudencia comunitaria que ha definido el perfil del consumidor medio como un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pero cuyo grado de atención puede variar en función de la categoría de productos o servicios de que se trate, el Tribunal de Primera Instancia declaró, en los apartados 108 y 109 de la misma sentencia, que el aceite de oliva es un producto de consumo muy corriente en España y que, en las circunstancias particulares de la venta de dicho producto, el elemento figurativo de las marcas adquiere una mayor importancia, lo que aumenta el riesgo de confusión entre las dos marcas en conflicto.

25. En consecuencia, en el apartado 112 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia declaró que la Sala de Recurso había incurrido en error al llegar a la conclusión de que había que excluir toda posibilidad de confusión entre las marcas en conflicto. Según dicho Tribunal, sus constataciones muestran que existe un riesgo real de confusión entre las referidas marcas.

26. Por tanto, el Tribunal de Primera Instancia estimó el primer motivo del recurso, basado en la infracción del artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94, y, sin que resultara necesario examinar el segundo motivo invocado por Koipe para fundamentar su recurso, procedió a estimar dicho recurso, modificando la resolución impugnada y declarando fundada la oposición formulada por esa sociedad.

#### Pretensiones de las partes

27. En su recurso de casación, la recurrente solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule totalmente la sentencia recurrida y, en consecuencia,

- Resuelva definitivamente el litigio, si el estado del mismo lo permite, o

- Devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia “para que resuelva de acuerdo con los criterios vinculantes del Tribunal de Justicia”, y

- Condene en costas a Koipe y a la OAMI.

28. Koipe solicita que se desestime el recurso de casación y se con-

dene en costas a la recurrente.

29. La OAMI solicita que se desestime el primer motivo invocado para fundamentar el recurso de casación y, en lo que atañe al segundo motivo de casación, se remite el buen criterio del Tribunal de Justicia.

#### Sobre el recurso de casación

30. Para fundamentar su recurso de casación, la recurrente invoca dos motivos. El primero de ellos se basa en la infracción del artículo 8, apartados 1 y 2, letra a), incisos i) y ii), del Reglamento nº 40/94. El segundo motivo de casación, que se subdivide en dos partes, se basa en la infracción del artículo 8, apartado 1, letra b), del mismo Reglamento.

31. Procede examinar conjuntamente el primer motivo de casación y la primera parte del segundo, en el marco de los cuales la recurrente desarrolla argumentaciones en parte similares y en parte complementarias.

Sobre el primer motivo de casación y la primera parte del segundo

#### Alegaciones de las partes

32. Mediante su primer motivo de casación, la recurrente sostiene que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error de Derecho al haber considerado, en el apartado 48 de la sentencia recurrida, que, al ser idénticos todos los elementos figurativos de los diferentes registros invocados por Koipe, “carece de pertinencia” determinar cuáles de dichos registros cumplen el requisito de tener por objeto “marcas anteriores”, en el sentido de la citada disposición, a efectos del ejercicio del derecho de oposición.

33. Por ello, añade la recurrente, el Tribunal de Primera Instancia admitió en lo sustancial, contrariamente al tenor literal del artículo 8 del Reglamento nº 40/94 y al principio de la prioridad del registro que inspira el procedimiento de oposición, que una marca posterior -en este caso, el registro comunitario- es oponible a la solicitud de registro de una marca anterior -en este caso, la marca cuyo registro se solicitaba- por el mero hecho de que el elemento figurativo de la marca posterior sea idéntico al de otras marcas anteriores del mismo oponente. La recurrente concluye que el citado error del Tribunal de Primera Instancia tuvo también consecuencias importantes sobre la comprobación de la existencia de un riesgo de confusión entre las marcas en conflicto, especialmente en lo que atañe a la definición del territorio y del público pertinentes.

34. Koipe y la OAMI sostienen que la recurrente pretende atribuir al contenido literal de los apartados 47 y 48 de la sentencia recurrida una importancia y alcance desproporcionados, ya que, contrariamente a lo alegado

por la recurrente, el Tribunal de Primera Instancia en ningún momento ha considerado que el registro comunitario constituya un derecho anterior a efectos del ejercicio del derecho de oposición, ni le ha conferido valor alguno al analizar si existe o no un riesgo de confusión entre las marcas en conflicto. En realidad, concluyen, en la citada sentencia el Tribunal de Primera Instancia analizó siempre la cuestión de la existencia de un riesgo de confusión entre dichas marcas tan sólo en el "territorio español" y en el "mercado español".

35. Mediante la primera parte de su segundo motivo de casación, la recurrente alega que, al no haber excluido expresamente el registro comunitario del grupo de marcas que opuso Koipe, el Tribunal de Primera Instancia tuvo indebidamente en cuenta aquel registro y, por consiguiente, determinó de un modo incorrecto el público y el territorio pertinentes al valorar el riesgo de confusión en relación con el público del territorio comunitario y no respecto del público del territorio español.

36. A este respecto, la recurrente subraya que, aunque en la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia hiciera referencia al "mercado español" de aceite de oliva, no lo hizo en el marco de la valoración del riesgo de confusión, sino en un contexto distinto y con un fin mucho más restringido, como es el de la valoración del "carácter distintivo de los elementos figurativos" de las marcas en conflicto, que constituye tan sólo un factor -a saber, el de la similitud entre las marcas- de los muchos otros que deben valorarse para pronunciarse sobre la existencia de riesgo de confusión.

37. Koipe y la OAMI replican en lo sustancial que, cuando el Tribunal de Primera Instancia analizó el carácter distintivo de los elementos figurativos y denominativos de las marcas en conflicto, lo hizo precisamente con ánimo de dilucidar la cuestión de si existe en España un riesgo de confusión entre tales marcas. Y añaden que, en el contexto de esta valoración, el Tribunal de Primera Instancia circunscribió clara y correctamente a dicho Estado miembro el análisis del público y del territorio pertinentes.

Apreciación del Tribunal de Justicia

38. Procede recordar de entrada que, a tenor del artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94, mediando oposición del titular de una marca anterior, se denegará el registro de la marca cuando, por ser idéntica o similar a la marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que ambas marcas designan, exista riesgo de confusión por parte del público en el territorio en que esté protegida la marca anterior. Tal riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior. Por otro lado, en virtud del apartado 2, letra a), de ese mismo ar-

tículo 8, se entenderá por marcas anteriores las marcas comunitarias, las marcas registradas en un Estado miembro o las marcas que hayan sido objeto de un registro internacional, cuya fecha de presentación de la solicitud sea anterior a la de la solicitud de la marca comunitaria.

39. En el caso de autos, la oposición de Koipe al registro de la marca "La Española" se fundamentaba en varios registros nacionales e internacionales, así como en el registro comunitario, cuya fecha de presentación es posterior a la de la solicitud de registro presentada por Aceites del Sur.

40. Pues bien, ciertamente es verdad que de la lectura de los apartados pertinentes de la sentencia recurrida no se desprende que el Tribunal de Primera Instancia haya excluido expresamente dicho registro comunitario de las marcas que han de tenerse en cuenta a efectos de examinar la procedencia de la oposición formulada por Koipe.

41. Sin embargo, aun suponiendo que, al proceder de esa manera, el Tribunal de Primera Instancia haya infringido el artículo 8, apartados 1 y 2, del Reglamento nº 40/94, tal error de Derecho no es suficiente para invalidar la sentencia recurrida.

42. En efecto, por una parte, procede hacer constar que, en el apartado 48 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia reconoció legítimamente a Koipe el derecho a oponerse al registro de la marca "La Española" refiriéndose al conjunto de los registros invocados por dicha sociedad, los cuales comprendían varias marcas cuya fecha de presentación era efectivamente anterior a la de la marca cuyo registro se solicitaba. Por lo tanto, no cabe sostener que el Tribunal de Primera Instancia, al no haber excluido expresamente el registro comunitario en el marco de su valoración de la procedencia de la oposición de Koipe, haya tenido en cuenta dicho registro, sentando de este modo, como aduce la recurrente, el principio de que una marca posterior es oponible a la solicitud de registro de una marca presentada con anterioridad.

43. Por otra parte, procede señalar que el error en el que supuestamente incurrió el Tribunal de Primera Instancia tampoco tuvo consecuencias decisivas a efectos de la determinación del territorio y del público pertinentes en el marco de la comprobación de la existencia de un riesgo de confusión entre las marcas en conflicto.

44. Así pues, de los apartados 53, 63, 77 a 80, 92 y 111 de la sentencia recurrida se desprende con claridad que el Tribunal de Primera Instancia valoró la existencia del mencionado riesgo refiriéndose precisamente y de modo reiterado al "territorio español" y al "mercado español", sin hacer en ningún momento referencia a

un territorio o a un público diferentes, tal como, por lo demás, la propia recurrente reconoció en la vista.

45. En consecuencia, procede desestimar el primer motivo de casación y la primera parte del segundo, por ser en parte infundados y en parte inoperantes.

Sobre la segunda parte del segundo motivo de casación

■

*"El Tribunal de Primera Instancia estima que el conjunto de los elementos comunes a las dos marcas en conflicto produce una impresión visual global de gran similitud, ya que la marca La Española reproduce con enorme precisión lo esencial del mensaje y la impresión visual transmitida por la marca Carbonell: mujer ataviada con un traje típico, sentada de una determinada manera, próxima a un ramo de olivo y sobre un fondo de olivar, estando dotado el conjunto de una disposición casi idéntica de los espacios, de los colores, de los lugares en los que se inscriben las denominaciones y de la manera en que se plasman tales inscripciones."*

■

Alegaciones de las partes

46. Mediante la segunda parte del segundo motivo de casación, la recurrente sostiene, en primer lugar, que, pese al hecho de que según la jurisprudencia comunitaria el riesgo de confusión debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes del caso concreto (véanse, entre otras, las sentencias de 11 de noviembre de 1997, SA-

BEL, C-251/95, Rec. p. I-6191, apartado 22, y de 12 de enero de 2006, Ruiz-Picasso y otros/OAMI, C-361/04 P, Rec. p. I-643, apartado 18), el Tribunal de Primera Instancia omitió tomar en consideración dos factores extremadamente importantes y pertinentes, a saber, por un lado, la situación de coexistencia anterior durante largo tiempo, en el mercado español del aceite de oliva, de las marcas en conflicto, y, por otro lado, la notoriedad de las mismas en dicho mercado. Así pues, añade la recurrente, el Tribunal de Primera Instancia no valoró debidamente el elemento relativo a la similitud entre las referidas marcas.

47. En segundo lugar, la recurrente considera que, lejos de atenerse al criterio de la "apreciación global" y de la "impresión de conjunto" que desarrolla la jurisprudencia mencionada en el apartado anterior, el Tribunal de Primera Instancia "aplicó un método analítico" y, de este modo, llevó a cabo un examen separado y sucesivo de los elementos figurativos y de los elementos denominativos de las marcas en conflicto, otorgando erróneamente un peso decisivo a los primeros y negando equivocadamente la más mínima trascendencia a los segundos.

48. De este modo, añade la recurrente, el Tribunal de Primera Instancia desnaturalizó los elementos de hecho y los medios de prueba incorporados a los autos, al atribuir al elemento figurativo una importancia "primordial" en relación con los restantes elementos constitutivos de la marca "La Española" y al considerar de este modo que estos otros elementos son insignificantes a efectos de la impresión de conjunto producida por dicha marca.

49. En tercer lugar, la recurrente considera que el Tribunal de Primera Instancia no valoró correctamente el elemento relativo al "público" -que es determinante para la apreciación global del riesgo de confusión entre las marcas en conflicto-, en la medida en que atribuyó al consumidor español medio de aceite de oliva el perfil de un consumidor descuidado e irreflexivo y no el de un "consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz", tal como exige la jurisprudencia comunitaria.

50. Koipe estima, en cambio, que el Tribunal de Primera Instancia aplicó de modo adecuado el criterio de la apreciación global, puesto que en la sentencia recurrida examinó correctamente la existencia del riesgo de confusión teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes en el caso concreto, incluida la coexistencia no pacífica de las marcas en conflicto en el mercado español.

51. En efecto, añade Koipe, según la jurisprudencia comunitaria no todos los elementos constitutivos de una marca tienen el mismo valor ni la misma importancia. Por consi-



guiente, el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia, sin dejar de tener en cuenta también el elemento denominativo, haya decidido atribuir un carácter primordial al elemento figurativo -lo que le permitió llegar a la conclusión de la existencia de un riesgo de confusión entre las marcas en conflicto- no infringe ninguna disposición del Derecho comunitario en materia de marcas, en la medida en que dicho Tribunal no se desvió lo más mínimo de los criterios legales y jurisprudenciales que regulan la apreciación de tal riesgo.

52. En cuanto a las consideraciones relativas a la supuesta calificación errónea del consumidor español de aceite de oliva por parte del Tribunal de Primera Instancia, Koipe considera que se trata de meras alegaciones de hecho inadmisibles en la fase de casación.

53. Por su parte, la OAMI considera, en primer lugar, que el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia no haya tenido en cuenta la coexistencia de los signos en el territorio pertinente ni la notoriedad en España de la marca cuyo registro se solicitaba, no tuvo ninguna consecuencia decisiva en el resultado al que dicho Tribunal llegó en lo que atañe a la apreciación sobre el riesgo de confusión.

54. En segundo lugar, respecto al método utilizado por el Tribunal de Primera Instancia para comprobar la posible existencia de un riesgo de confusión, la OAMI subraya que dicho Tribunal comparó los signos en conflicto desde el ángulo visual, tomando únicamente en consideración los elementos figurativos y dejando de lado el impacto de los elementos denominativos en la impresión de conjunto de los dos signos, habida cuenta del escaso carácter distintivo del signo denominativo "La Española".

55. No obstante, la OAMI no se pronuncia sobre la procedencia de tal método, sino que se remite al buen criterio del Tribunal de Justicia, limitándose a indicar dos posibles soluciones.

56. Por una parte, tan sólo podría confirmarse la validez de la referida apreciación del Tribunal de Primera Instancia si el Tribunal de Justicia considerase que, habida cuenta del carácter insignificante de los demás elementos constitutivos de las marcas en conflicto, el Tribunal de Primera Instancia podía legítimamente efectuar una comparación de los signos representativos de tales marcas basándose únicamente en los elementos figurativos y si, debido a la acreditada similitud entre los signos, no resultara necesario efectuar la comparación de sus denominaciones desde el punto de vista denominativo y conceptual.

57. Por otra parte, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia llegara, por el contrario, a la conclusión de que el razonamiento desarrollado por el Tribunal de Primera Instancia resulta insuficiente para fundamentar su análisis

de los signos en conflicto o de que las razones en las que dicho Tribunal se basó no se ajustan a Derecho, procedería anular la sentencia recurrida por infracción del artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento y devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia, a fin de que éste lleve a cabo una nueva comparación de los signos ateniéndose a la interpretación del Tribunal de Justicia, es decir, teniendo en cuenta los signos en su conjunto.

58. Por último, en cuanto a la controversia relativa a la calificación del consumidor español de aceite de oliva, la OAMI sostiene, al igual que la recurrente, que el público que el Tribunal de Primera Instancia tomó en consideración en la sentencia recurrida presenta un perfil más próximo al modelo del consumidor descuidado que al modelo del consumidor razonablemente atento.

#### Apreciación del Tribunal de Justicia

59. En lo que atañe a las alegaciones de la recurrente relativas a los errores en que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en el marco de la comprobación de la existencia de un riesgo de confusión entre las marcas en conflicto, debe recordarse de entrada que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de un riesgo de confusión en el ánimo del público debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes del caso presente (véanse, en este sentido, las sentencias SABEL, antes citada, apartado 22, y de 22 de junio de 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Rec. p. I-3819, apartado 18; el auto de 28 de abril de 2004, Matratzen Concord/OAMI, C-3/03 P, Rec. p. I-3657, apartado 28; las sentencias de 6 de octubre de 2005, Medion, C-120/04, Rec. p. I-8551, apartado 27, y de 12 de junio de 2007, OAMI/Shaker, C-334/05 P, Rec. p. I-4529, apartado 34).

60. Según una jurisprudencia igualmente reiterada, por lo que se refiere a la similitud gráfica, fonética o conceptual de las marcas en conflicto, la apreciación global del riesgo de confusión debe basarse en la impresión de conjunto producida por éstas, teniendo en cuenta, en particular, sus elementos distintivos y dominantes (véase la sentencia OAMI/Shaker, antes citada, apartado 35, y jurisprudencia citada).

61. En particular, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en el marco del examen de la existencia de un riesgo de confusión, la apreciación de la similitud entre dos marcas no puede limitarse a tomar en consideración únicamente un componente de una marca compuesta y a compararlo con otra marca. Al contrario, tal comparación debe llevarse a cabo examinando las marcas en cuestión, consideradas cada una en su conjunto (véanse, en este sentido, el auto Matratzen Concord/OAMI, antes citado, apartado 32, y las sentencias,

antes citadas, Medion, apartado 29, y OAMI/Shaker, apartado 41).

62. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado también que, según reiterada jurisprudencia, la impresión de conjunto producida en la memoria del público pertinente por una marca compleja puede, en determinadas circunstancias, estar dominada por uno o varios de sus componentes. No obstante, sólo en el caso de que todos los restantes componentes de la marca resulten insignificantes podrá la apreciación de la similitud basarse exclusivamente en el componente dominante (sentencias OAMI/Shaker, antes citada, apartados 41 y 42, y de 20 de septiembre de 2007, Nestlé/OAMI, C-193/06 P, apartados 42 y 43, y jurisprudencia citada).

63. Así pues, procede examinar la segunda parte del segundo motivo invocado por la recurrente para fundamentar su recurso de casación a la luz de los mencionados principios.

64. A este respecto, procede señalar que el Tribunal de Primera Instancia consideró, en un primer momento, en los apartados 88 a 90 de la sentencia recurrida, que la Sala de Recurso había incurrido en error al atribuir al elemento denominativo de las marcas en conflicto una importancia primordial habida cuenta del escaso carácter distintivo de los elementos figurativos de dichas marcas.

65. En cambio, el Tribunal de Primera Instancia reconoció tal importancia al elemento figurativo al afirmar claramente, en el apartado 91 de la sentencia recurrida, que dicho elemento ocupaba un lugar mucho más importante, en términos de superficie, que el elemento denominativo, atribuyendo así a este último un carácter subsidiario respecto del elemento figurativo. Según el apartado 109 de la misma sentencia, el mencionado elemento figurativo adquiriría así, en las circunstancias particulares de la venta del producto de que se trata, una mayor importancia.

66. De este modo, el Tribunal de Primera Instancia atribuyó al elemento figurativo de las marcas en conflicto el carácter de elemento dominante en relación con los demás elementos constitutivos de tales marcas, en particular el elemento denominativo. Ello le permitió basar acertadamente su análisis sobre la similitud de los signos y sobre la existencia de un riesgo de confusión entre las marcas "La Española" y "Carbonell" atribuyendo a la comparación visual entre dichos signos un carácter esencial.

67. Contrariamente a lo que afirma la recurrente, tal enfoque, sin embargo, no condujo al Tribunal de Primera Instancia a prescindir por completo del impacto del elemento denominativo.

68. En efecto, tras haber llevado a cabo, en el apartado 100 de la sentencia recurrida, un análisis compa-

rativo detallado de las marcas en conflicto en el aspecto visual, el Tribunal de Primera Instancia declaró a continuación, en los apartados 103 y 104 de la misma sentencia, que el conjunto de los elementos comunes a las dos marcas produce una impresión visual global de gran similitud, ya que la marca "La Española" reproduce con enorme precisión lo esencial del mensaje y la impresión visual transmitida por la marca "Carbonell", lo que supone inevitablemente para el consumidor un riesgo de confusión entre ambas marcas.

69. Por último, el Tribunal de Primera Instancia precisó, en los apartados 105 y 111 de la sentencia recurrida, que tal riesgo de confusión no resulta atenuado por la existencia de un elemento denominativo diferente, habida cuenta del muy escaso carácter distintivo del elemento denominativo de la marca cuyo registro se solicitaba, el cual hace referencia al origen geográfico del producto.

70. En otros términos, aun considerando el elemento figurativo de las marcas en conflicto como el elemento dominante en relación con los demás elementos constitutivos de dichas marcas, el Tribunal de Primera Instancia no dejó de tener en cuenta el elemento denominativo. Al contrario, precisamente en el marco de la apreciación de dicho elemento el Tribunal de Primera Instancia le atribuyó esencialmente un carácter insignificante, debido especialmente a que las diferencias entre los signos denominativos de las marcas en conflicto no permiten desvirtuar la conclusión a la que llegó a resultas del examen comparativo de las mismas en el aspecto visual.

71. Por lo tanto, procede declarar que en el caso de autos, contrariamente a lo que afirma la recurrente, el Tribunal de Primera Instancia aplicó correctamente la norma relativa a la apreciación global, tal como la define la jurisprudencia comunitaria mencionada en los apartados 59 a 62 de la presente sentencia, en el marco de la comprobación de la existencia de un riesgo de confusión entre las marcas en conflicto.

72. Por consiguiente, tampoco cabe sostener, como hace la recurrente, que el Tribunal de Primera Instancia, lejos de atenerse a dicha jurisprudencia, haya desnaturalizado los elementos de hecho y los medios de prueba incorporados a los autos.

73. Por otra parte, en cuanto a la alegación de la recurrente destinada a cuestionar la calificación del consumidor español de aceite de oliva efectuada por el Tribunal de Primera Instancia, procede, por un lado, hacer constar que el análisis realizado por dicho Tribunal a este respecto se atiene a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia.

74. En efecto, tal como el Tribunal de Primera Instancia recuerda acerta-

damente en el apartado 107 de la sentencia recurrida, la percepción de las marcas que tiene el consumidor medio de la categoría de productos o servicios de que se trate tiene una importancia determinante en la apreciación global del riesgo de confusión (sentencias SABEL, antes citada, apartado 23, y Lloyd Schuhfabrik Meyer, antes citada, apartado 25), y, a los efectos de esta apreciación global, se supone que el consumidor medio es un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pero su grado de atención puede variar en función de la categoría de productos o servicios de que se trate (sentencia Lloyd Schuhfabrik Meyer, antes citada, apartado 26).

75. A la luz de tales principios, el Tribunal de Primera Instancia afirmó concretamente, en los apartados 108 y 109 de la sentencia recurrida, que el aceite de oliva es un producto de consumo muy corriente en España, que se adquiere casi siempre en las grandes superficies o en establecimientos comerciales en los que los productos se exponen en las estanterías y que el consumidor obedece más al impacto visual de la marca que busca.

76. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia pudo deducir fundadamente, en los apartados 109 y 110 de la sentencia recurrida, que, en tales circunstancias, el elemento figurativo de las marcas en conflicto adquiere una mayor importancia, lo que aumenta el riesgo de confusión entre ellas, y que los signos que las designan son más difíciles de distinguir, habida cuenta de que -tal como, por lo demás, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de precisar (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, OAMI/Shaker, apartado 35, y Nestlé/OAMI, apartado 34, así como la jurisprudencia citada)- el consumidor medio percibe normalmente la marca como un todo, cuyos diferentes detalles no se detiene a examinar.

77. Por otro lado, en lo que atañe a las alegaciones de la recurrente relativas a las afirmaciones efectuadas por el Tribunal de Primera Instancia en cuanto al grado de atención del referido consumidor, procede declarar que tales alegaciones versan exclusivamente sobre elementos de hecho.

78. A este respecto, debe recordarse que el Tribunal de Primera Instancia es el único competente, por un lado, para determinar los hechos, salvo en los casos en que la inexactitud material de sus comprobaciones resulte de los documentos que obran en autos, y, por otro lado, para apreciar tales hechos. Por consiguiente, salvo en el supuesto de que se desnaturalicen los elementos que se le hayan presentado, la apreciación de los hechos no constituye una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación (véanse las sentencias de 29 de abril de 2004, Henkel/OAMI, C-456/01 P y C-457/01 P, Rec. p. I-5089, apartados 41 y 56, y de 25 de octubre de 2007, De-

vey/OAMI, C-238/06 P, Rec. p. I-9375, apartado 97).

79. Ahora bien, en el presente asunto, puesto que la recurrente no ha demostrado, ni tan siquiera alegado, desnaturalización alguna, las mencionadas alegaciones deben considerarse manifiestamente inadmisibles.

80. En lo que atañe, por último, a la objeción de la recurrente según la cual el Tribunal de Primera Instancia no valoró debidamente el elemento relativo a la similitud entre las marcas en conflicto, al no haber tenido en cuenta en la sentencia recurrida la coexistencia anterior durante largo tiempo de dichas marcas en el mercado español del aceite de oliva ni la notoriedad de las mismas en dicho mercado, procede declarar que no cabe considerar fundada tal objeción.

81. A este respecto, aunque el Tribunal de Primera Instancia no valoró efectivamente la pertinencia de esos dos factores, en el caso de autos tal circunstancia no ha tenido ninguna consecuencia decisiva sobre el resultado al que llegó dicho Tribunal en lo que atañe a la apreciación sobre el riesgo de confusión, tal como indica el Abogado General en el punto 31 de sus conclusiones.

82. En efecto, por un lado, si bien no cabe excluir que la coexistencia de dos marcas en un mercado determinado pueda eventualmente contribuir, junto con otros factores, a disminuir el riesgo de confusión entre dichas marcas por parte del público pertinente, para ello es necesario, además, que concurren determinados requisitos. Así, tal como sugiere el Abogado General en los puntos 28 y 29 de sus conclusiones, la inexistencia de riesgo de confusión puede deducirse, en particular, del carácter "pacífico" de la coexistencia de las marcas en conflicto en el mercado de referencia.

83. No obstante, consta en autos que en este caso la coexistencia entre las marcas "La Española" y "Carbonell" ha distado mucho de ser "pacífica", habida cuenta de que la cuestión de la similitud entre dichas marcas enfrenta a ambas empresas ante los tribunales nacionales desde hace muchos años.

84. Por otro lado, en lo que atañe a la alegación basada en la notoriedad, cabe precisar de entrada que el renombre de la marca anterior -en este caso, la marca Carbonell- es el que debe tenerse en cuenta para apreciar si la similitud entre los productos designados por las dos marcas es suficiente para generar un riesgo de confusión (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de septiembre de 1998, Canon, C-39/97, Rec. p. I-5507, apartado 24). Por consiguiente, en el caso de autos, la recurrente no puede oponer la notoriedad de la marca "La Española" en el mercado español del aceite de oliva para afirmar la inexistencia de riesgo de confusión entre las marcas en conflicto -cosa

que, por lo demás, hizo ya sin éxito en primera instancia-, puesto que consta que aquella marca es posterior a la marca Carbonell. Por otro lado, en cuanto al renombre de esta última marca, la recurrente no explica de qué manera el Tribunal de Primera Instancia, de haber considerado este elemento, habría podido atribuir un mayor carácter distintivo a la marca "La Española" y, de este modo, excluir la existencia de un riesgo de confusión entre las marcas en conflicto.

85. En tales circunstancias, pues, procede desestimar por inoperantes las mencionadas alegaciones.

86. Del conjunto de las consideraciones expuestas resulta que ninguno de los dos motivos de casación invocados por la recurrente puede prosperar, y que, por lo tanto, debe desestimarse el recurso de casación.

Sobre las consideraciones finales de la OAMI relacionadas con determinadas excepciones de inadmisibilidad propuestas en primera instancia

87. En sus observaciones escritas, la OAMI desarrolla, junto a su respuesta a los motivos de casación, unas consideraciones relativas a determinadas excepciones de inadmisibilidad desestimadas por el Tribunal de Primera Instancia y solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie al respecto, habida cuenta del hecho de que tales cuestiones podrían tener incidencia sobre la defensa articulada por este organismo en diferentes litigios pendientes ante el Tribunal de Justicia.

88. En particular, la OAMI sostiene que el Tribunal de Primera Instancia infringió el artículo 63, apartado 3, del Reglamento nº 40/94, en la medida en que dicha disposición no le permitía -contrariamente a lo que hizo en la sentencia recurrida- dictar una resolución que tuviera un resultado contrario al proclamado en una resolución impugnada de una Sala de Recurso.

89. Según la OAMI, además, el Tribunal de Primera Instancia debería haber declarado la inadmisibilidad de ciertos documentos presentados en primera instancia, habida cuenta de que, conforme al artículo 74 del Reglamento nº 40/94, tales documentos tendrían que haber sido presentados ante la Sala de Recurso.

90. En las circunstancias del presente asunto, para impugnar las conclusiones a las que llegó el Tribunal de Primera Instancia, la OAMI habría debido o bien interponer un recurso de casación contra la sentencia recurrida, o bien interponer una adhesión a la casación en caso de que tales alegaciones no se hubieran formulado en el recurso de casación.

91. Consta que la OAMI no ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia recurrida, no obstante lo cual debe comprobarse si cabe estimar que sus consideraciones constituyen una adhesión a la casación.

92. A este respecto, procede recordar que, conforme al artículo 117, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, para que una alegación pueda ser calificada de adhesión a la casación es necesario que la parte que la invoque solicite la anulación, total o parcial, de la sentencia recurrida por un motivo no contemplado en el recurso de casación. Para determinar si éste es el caso en el presente asunto es preciso examinar el tenor, el objetivo y el contexto del correspondiente pasaje del escrito de de la OAMI de contestación al recurso de casación (sentencia de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, Rec. p. I-0000, apartado 186).

93. Pues bien, en el caso de autos consta, por un lado, que, en su escrito de contestación al recurso de casación, la OAMI no utiliza en ningún lugar la expresión "adhesión a la casación", sino que formula sus alegaciones más bien como consideraciones finales destinadas esencialmente a obtener aclaraciones del Tribunal de Justicia en cuanto a la interpretación de las disposiciones del Reglamento nº 40/94. Por otro lado, la OAMI no solicita al Tribunal de Justicia que anule la sentencia recurrida.

94. En tales circunstancias, es preciso declarar que las consideraciones de que se trata no constituyen una adhesión a la casación y, por consiguiente, no procede que el Tribunal de Justicia se pronuncie al respecto.

Costas

95. A tenor de lo dispuesto en el artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, aplicable al procedimiento de casación en virtud del artículo 118 de este mismo Reglamento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que Koipe ha solicitado la condena en costas de la recurrente y que han sido desestimados los motivos de casación invocados por ésta, procede condenarla a cargar con las costas de Koipe. Puesto que la OAMI no ha solicitado la condena en costas de la recurrente, procede condenarla a cargar con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) decide:

1) Desestimar el recurso de casación.

2) Aceites del Sur-Coosur, S.A., cargará, además de con sus propias costas, con las costas de Koipe Corporación, S.L.

3) La Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI) cargará con sus propias costas.

Firmas

Lengua de procedimiento: español.



## 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.

### **TC** TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/204708

TC Sala 2ª, Sentencia 7 septiembre 2009.  
Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo

#### Recurso de queja sustanciado sin contradicción del querellante

Interpuesto recurso frente a resoluciones que sobreyeron la causa por delitos de injurias y coacciones, el TC otorga el amparo solicitado, entendiendo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión como consecuencia de no haberse dado traslado del recurso de queja a los entonces querellantes, hoy demandantes en amparo, ni haberles concedido la posibilidad de intervenir en su tramitación. La Sala afirma que, con el fin de preservar las garantías de defensa de las partes personadas, debe imponerse una interpretación integradora de la normativa procesal reguladora de la tramitación del recurso de queja.

### **TS** CIVIL

2009/120219

TS Sala 1ª, Sentencia 12 junio 2009.  
Ponente: D. Román García Varela

#### Abono de intereses moratorios en indemnización de daños y perjuicios por intervención quirúrgica

El TS estima en parte el rec. de casación - con motivo de la demanda en la que se ha ejercitado una acción de condena pecuniaria por daños y perjuicios sufridos tras la intervención quirúrgica-, anulando parcialmente la sentencia impugnada acordando que las aseguradoras demandadas abonarán los intereses moratorios determinados en el art. 20 LCS de conformidad con lo dispuesto en este precepto, desde la fecha del siniestro, y que sólo

responderán de la suma máxima asegurada, en la que deben incluirse todos los conceptos indemnizables, sin que dicha limitación afecte a los restantes demandados para los que se mantienen los importes fijados por dicha sentencia.

2009/120217

TS Sala 1ª, Sentencia 29 mayo 2009.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

#### Aplicación de retracto de colindantes

El TS desestima el recurso de casación presentado por la demandada contra la sentencia dictada por la AP, y la confirma. La Sala considera ajustada a derecho la resolución recurrida que dio lugar al retracto por concurrir todos los presupuestos para ello, el actor es propietario de un fundo de naturaleza rústica, colindante con el que fue objeto de compraventa entre terceros de la misma naturaleza, por lo que no aparece infracción alguna de la normativa del CC sobre el retracto de colindantes, que se ha aplicado correctamente.

### **TS** PENAL

2009/92359

TS Sala 2ª, Sentencia 7 mayo 2009.  
Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

#### Exclusión de las costas causadas por la acusación particular en procedimiento de estafa

El condenado como autor penalmente responsable de un delito de estafa interpone recurso de casación que resulta parcialmente estimado. La Sala del TS señala, en primer lugar, que debe confirmarse la condena impuesta pues el acusado aparentando solvencia logró que distintas personas le entregaran una cantidad de dinero a cambio de dar a los mismos una rentabilidad que comenzó dando pero que después dejó de dar. No obstante, y respecto de las costas, debe decirse que deben excluirse las correspondientes a la acusación particular que se declaran de oficio.

2009/92358

TS Sala 2ª, Sentencia 7 mayo 2009.  
Ponente: D. Joaquín Giménez García

#### Absolución del delito de estafa mediante pagaré

El TS dicta segunda sentencia y declara haber lugar al recurso de casación interpuesto al considerar que debe eliminarse la agravante de reincidencia en el condenado por un delito de estafa, cometido mediante pagaré, y que debe absolverse a la acusada del referido delito pues no está probado que la misma acompañara al otro recurrente y junto con él escenificara la apariencia de seriedad y solvencia en la compra efectuada y pagada con un pagaré tras vencer la desconfianza de la propietaria.

### **TS** CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/143849

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 22 junio 2009.  
Ponente: Dª Celsa Pico Lorenzo

#### Falta de legitimación del coparticipante de una UTE cuando las demás empresas integrantes se oponen al ejercicio de acciones

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Asturias, deducido contra el acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, que desestimó el recurso de súplica interpuesto contra la resolución de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, mediante la que se adjudicó el contrato de consultoría y asistencia para la redacción del proyecto y, en su caso, dirección de obra del Hospital Universitario Central de Asturias, a la Unión Temporal de Empresas. La Sala considera que la actuación de los coparticipes de la UTE es admisible cuando se realiza sin oposición de los restantes, y aquí consta expresamente que uno de los componentes

mostró su oposición clara a la interposición de cualquier recurso jurisdiccional.

### **TS** SOCIAL

2009/151083

TS Sala 4ª, Sentencia 28 mayo 2009.  
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

#### Mantenimiento de pensiones de jubilación otorgadas conforme al régimen de previsión nacional

Estima en parte el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por los facultativos accionantes contra sentencia que rechazó su pretensión sobre pensión de jubilación. Señala la Sala que los derechos de los cotizantes a la Asistencia Médico Farmacéutica y de Accidentes de Trabajo de Previsión Sanitaria Nacional y sus beneficiarios tras la Ley 55/1999, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, no se extinguen por la circunstancia de que la administración no hubiese efectuado el correspondiente desarrollo reglamentario, pues dada la calificación de tal régimen de previsión, desde un punto de vista funcional, como régimen sustitutorio de la seguridad social, no puede tener la consecuencia de extinguir las pensiones de jubilación ya otorgadas, que se mantienen en la cuantía reconocida, sino la de autorizar la variación de las mismas.

2009/143991

TS Sala 4ª, Sentencia 29 mayo 2009.  
Ponente: D. Jordi Agustí Juliá

#### Nulo despido por fraude en la contratación

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado Ministerio de Cultura contra sentencia que declaró la nulidad de los despidos de los mozos accionantes. Señala la Sala que, declarada en el supuesto enjuiciado la cesión ilegal y acreditado que los demandantes, sin solución de continuidad, realizaban trabajos ordinarios de la administración demandada, junto e indistintamente con los trabajadores de la misma, no sólo carece de causa cierta la extinción del segundo contrato, sino que tanto éste como el anterior, al igual que los contratos de servicios suscritos entre el cesionario y las sucesivas cedentes, se revelan como fraudulentos.