



Roj: **SAP M 15484/2008 - ECLI:ES:APM:2008:15484**

Id Cendoj: **28079370282008100238**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **07/11/2008**

Nº de Recurso: **30/2008**

Nº de Resolución: **266/2008**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 2, 10-07-2007,
SAP M 15484/2008**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00266/2008

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 30/08

Materia: Marcas

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid

Autos de origen: Proceso núm. 530/05

Parte recurrente: D. Franco

Parte recurrida: GENERAL MEDIA COMMUNICATION INC y PENTHOUSE MEDIA GROUP. INC.

En Madrid, a 7 de noviembre de 2008.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados D. Rafael Sarazá Jimena, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 30/08, interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de julio de 2007 dictada en el proceso núm. 530/05 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante D. Franco, representado por la Procuradora Dª. Mª Susana Sánchez García y defendido por la Letrada Dª. Lucía Sánchez Gómez-Carreño, siendo apeladas las entidades GENERAL MEDIA COMMUNICATION INC y PENTHOUSE MEDIA GROUP INC., representadas por el Procurador D. Julián Sanz Aragón y defendidas por el Letrado D. Pedro Merino Baylos.

Es magistrado ponente D. Rafael Sarazá Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 14.11.2005 por la representación de las entidades GENERAL MEDIA COMMUNICATION INC y PENTHOUSE MEDIA GROUP INC., contra D. Franco, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:



".dicte sentencia por la que se: Declare 1.- Que la entidad GENERAL MEDIA COMMUNICATIONS INC. como titular de las marcas españolas nº 916.114 "PENTHOUSE" y nº 916.115 "PENTHOUSE" (mixta), y la entidad PENTHOUSE MEDIA GROUP INC. como titular del nombre comercial extranjero usado y conocido en nuestro país por su famoso distintivo "PENTHOUSE", ostentan frente al demandado D. Franco un derecho exclusivo y preferente sobre el distintivo notorio "PENTHOUSE".

2.- Que la adopción y uso por el demandado de la denominación "PENTHOUSE" para distinguir un night club sito en el Paseo de la Castellana 131 de Madrid constituye una violación de los derechos de propiedad industrial de las actoras.

3.- Que la adopción y uso por el demandado de la denominación "PENTHOUSE" para distinguir un night club sito en el Paseo de la Castellana 131 de Madrid constituye una violación de los derechos de propiedad intelectual de la actora GENERAL MEDIA COMMUNICATIONS INC.

4.- Que el demandado está cometiendo actos de competencia desleal de confusión, imitación y explotación de la reputación ajena, al utilizar la denominación "PENTHOUSE" para identificar el "night club" que regenta ubicado en el Paseo de la Castellana 131 de Madrid.

5.- Que los actos de infracción de los derechos de propiedad industrial e intelectual, y los actos de competencia desleal han causado a las actoras unos daños y perjuicios que deben ser indemnizados. Y, como consecuencia de lo anterior:

Condene al demandado:

1.- A estar y pasar por las anteriores declaraciones.

2.- A cesar en cualquier clase de uso de la denominación "PENTHOUSE", o cualquier otra que se confunda con el distintivo "PENTHOUSE" de las actoras, absteniéndose en el futuro de utilizar dicha denominación en el mercado u otra que se confunda con este distintivo.

3.- A retirar el rótulo "PENTHOUSE" de su establecimiento, así como los productos de su interior en los que se consigne éste signo, tales como posavasos, servilletas, documentación mercantil, etc. Y cualquier clase de publicidad, incluyendo la realizada en Internet, en la que aparezca el signo distintivo "PENTHOUSE".

4.- A indemnizar a las actoras por los daños y perjuicios causados, cuya cuantía vendrá determinada por el importe que el demandado debería haber pagado a mis representadas por la concesión de una licencia sobre las marcas y nombre comercial "PENTHOUSE", y que no podrá ser inferior a 1% de la cifra de negocios realizada por el infractor en el establecimiento que regenta.

5.- A la publicación a su costa de la parte dispositiva de la sentencia condenatoria, en la edición nacional del diario "EL PAIS".

6.- A abonar las costas de este procedimiento".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid dictó sentencia, con fecha 10 de julio de 2007, cuyo fallo era el siguiente: "Que, estimando parcialmente la demanda formulada por GENERAL MEDIA COMMUNICATIONS INC y PENTHOUSE MEDIA GROUP INC contra Don Franco ,

1.- Declaro que, siendo las demandantes titulares de las marcas y nombre comercial PENTHOUSE a que se contrae el presente proceso, la adopción de dicho distintivo por parte del demandado para singularizar el "night club" sito en el número 131 del Paseo de la Castellana de Madrid constituye un acto de violación de aquéllos derechos.

2.- Condono al demandado a cesar en el uso de dichos distintivos a retirar el rótulo PENTHOUSE que exhibe en su establecimiento así como cuantos productos o utensilios existentes en su interior exhiban dicho signo distintivo y cualquier clase de publicidad, incluida la realizada a través de Internet.

3.- Condono al demandado a indemnizar a las demandantes en la suma de SESENTA MIL EUROS con independencia de la indemnización coercitiva que resulte del requerimiento formulado a dicho demandado en la pieza de medidas cautelares por Providencia 7-06-06.

4.- Condono al demandado, asimismo, a publicar a su costa en la edición madrileña del diario EL PAIS la parte dispositiva de la presentes resolución.

5.- No ha lugar a efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Franco se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado Juzgado y tramitado en legal forma ha



dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, siendo señalada la deliberación, votación y fallo del recurso el día 6 de noviembre de 2008.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las entidades actoras, GENERAL MEDIA COMMUNICATIONS INC y PENTHOUSE MEDIA GROUP INC, interpusieron contra el demandado D. Franco demanda ejercitando acciones de declaración de infracciones marcarias, de infracción de derechos de propiedad intelectual y de competencia desleal, cesatoria, de remoción e indemnizatoria, incluyendo la publicación de la sentencia en un diario.

La sentencia estimó, de las referidas acciones únicamente las basadas en el Derecho de marcas, rechazando las acciones de propiedad intelectual y de competencia desleal.

Contra esta sentencia interpone recurso de apelación el demandado D. Franco . Se trata de un recurso breve, en el que impugna los pronunciamientos condenatorios de la sentencia apelada únicamente por una serie limitada de motivos, que es procedente examinar.

SEGUNDO.- Plantea en primer lugar la parte demandada la inadmisibilidad del recurso de apelación por los defectos apreciados en el escrito de preparación del recurso, puesto que en el mismo no se expresan los pronunciamientos que se impugnan, como exige el art. 457.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sino su intención de impugnar "las consideraciones contenidas en los Fundamentos de Derecho Primero a Quinto."

Dado que el recurso de apelación se ha interpuesto contra una sentencia que contiene una serie de pronunciamientos declarativos y de condena contra el demandado cuya motivación se encuentra en los fundamentos de derecho 1º, 2º, 3º y 5º de la sentencia (el 4º, citado en el escrito de preparación del recurso, fundamenta la desestimación de las acciones basadas en la normativa sobre propiedad intelectual y competencia desleal, por lo que la cita es errónea), entiende la Sala que la voluntad del demandado de recurrir los pronunciamientos de la sentencia que le eran perjudiciales era suficientemente clara, razón por la cual no puede considerarse mal admitido el recurso de apelación, en la línea antiformalista seguida por esta Sección en ocasiones anteriores.

En este sentido la sentencia de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de noviembre de 2006 , en un supuesto en que el apelante al preparar el recurso se limitó a manifestar que "recurría contra su parte dispositiva", consideró bien admitido el recurso señalando

". que el art. 209 de la misma ley rituaría, establece que en cuanto a la forma y contenido de las sentencias, el fallo contiene los "pronunciamientos" correspondientes a las pretensiones de las partes, mientras que los Fundamentos de derecho expresan las razones y fundamentos legales del fallo y las normas jurídicas aplicables al caso. Es decir, en el fallo se contienen los pronunciamientos, que al preparar el recurso debe indicarse que se recurren, lo que ha hecho la parte demandada en su escrito de preparación, aunque sin especificarlos, defecto que no debe ser sancionado con la inadmisión del recurso pues, conforme a reiterada jurisprudencia, debe entenderse que se entenderán recurridos los que a la parte no le sean favorables".

En similar sentido se expresa la sentencia de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 7 de marzo de 2007 , que con relación a un escrito de preparación de un recurso de apelación que indicaba que estimaba lesivos a sus intereses "los pronunciamientos que recoge en su fundamento de derecho tercero, así como lo dispuesto en el fallo", para finalmente "poner de manifiesto la voluntad de esta parte de recurrir la referida resolución", el tribunal afirma:

"El escrito es desde luego procesalmente incorrecto -la fundamentación no contiene ningún pronunciamiento y la indefinida referencia a "lo dispuesto en el fallo" resulta en principio inadmisibile-, pero carece de entidad bastante como para provocar la desestimación del recurso por inadmisión indebida, pues la línea inequívoca del enfrentamiento entre las partes y la simple puesta en relación del fallo y los fundamentos de derecho, de los que únicamente el tercero examina las cuestiones debatidas en el pleito, concreta inequívocamente cuales son los extremos recurridos., condiciones en las que parece más adecuado anteponer el criterio "pro actione" a una rigurosa inteligencia de la forma establecida para el escrito de preparación, interpretación acorde con la doctrina constitucional que entiende que el acceso a los recursos forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24.1 CE y exige que a la hora de interpretar y aplicar los requisitos que la Ley exige para recurrir los Tribunales lo hagan en el sentido mas favorable a la efectividad de ese derecho (SSTC 62/1989, 121/1990, 31/1992, 51/1992 , por todas ").



En la misma línea interpretativa la sentencia de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de enero de 2007 indica:

"El recurso de apelación, que frente a la sentencia de primer grado formaliza la parte demandada con invocación de error en la valoración de la prueba y aplicación incorrecta de las normas jurídicas, ha de reputarse admisible, por cuanto la expresión del escrito de preparación de impugnar «todos los pronunciamientos contenidos en la sentencia» llena las exigencias del art. 457.2 de la LECivil, aunque hubiera sido deseable una mayor concreción. Debe aclararse que impugnar "todos los pronunciamientos" no significa combatir también los hechos pacíficos y no controvertidos, pues los pronunciamientos decisorios sólo se refieren a la parte dispositiva o fallo de la sentencia".

Por último, el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 15 de diciembre de 2003, amparando al recurrente, ordenó que se dictara resolución teniendo por preparado el recurso de apelación en un supuesto en que se había inadmitido porque en el escrito de preparación el apelante se limitó a afirmar que "la sentencia era lesiva para sus intereses" y que se tuviera por "interpuesto" el recurso de apelación contra la sentencia. El Tribunal Constitucional argumentó que

". la Ley de enjuiciamiento civil distingue dos fases o momentos sucesivos en la formulación del recurso de apelación civil (arts. 457 y 458). La primera de ellas (que es la aquí controvertida) es la fase de preparación del recurso (art. 457). La misma se sustancia ante el órgano judicial que dictó la resolución impugnada, ante el que el recurrente, dentro del plazo legalmente establecido, «se limitará a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna». Con ello, el Tribunal a quo dispone de los elementos necesarios para realizar el examen de su procedencia, que le permitirá fundar el juicio de admisibilidad, teniendo por preparado el recurso, en su caso, y emplazando a la parte recurrente para que lo interponga de conformidad con lo establecido en el art. 458 LEC. Por tanto, como apunta el Fiscal, la fase de preparación en la tramitación del recurso tiene por objeto delimitar la apelación para controlar su admisibilidad, lo que requiere manifestar, ante el órgano judicial que dictó la resolución y dentro del plazo legalmente fijado, la voluntad de recurrirla, señalando desde un principio los pronunciamientos que se impugnan. De este modo, la preparación determina o fija el marco en el que ha de situarse el objeto de recurso en la fase ulterior de interposición, que consiste en la exposición de las alegaciones en las que se fundamenta (art. 458.1).

Sentado lo anterior, el examen del contenido del escrito de interposición del recurso de apelación presentado por el recurrente permite constatar, en el presente caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos por la legislación vigente para la sustanciación del trámite del recurso de apelación en su fase de preparación pues, mediante el mismo, el recurrente procedió a manifestar, dentro de plazo, ante el órgano judicial competente su voluntad de recurrir una resolución judicial recurrible, que contiene esencialmente un único pronunciamiento principal condenatorio, del que el devengo de intereses y la imposición de costas son consecuencias legales, y que califica expresa y formalmente de lesivo para sus intereses, pudiendo entenderse suficientemente identificado el pronunciamiento impugnado. Partiendo de estas premisas, acordar la inadmisión del recurso por considerar que el recurrente ha incumplido la exigencia legal de previa preparación del recurso, al estimar que se interpone el mismo directamente, sobre la base de que en su escrito se emplea el término "interponer", en lugar de "preparar", anunciar o cualquier otro de significación semejante, entender que se solicita directamente la remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial, lo que en efecto se pide, pero tras demandar su admisión y concluir que no se cita el pronunciamiento impugnado cuando la Sentencia contiene un único pronunciamiento principal, entraña una interpretación que ha de reputarse manifiestamente irrazonable respecto del requisito que se dice incumplido, máxime cuando, como aducen recurrente y Fiscal, el órgano judicial no consideró la posibilidad de subsanación (arts. 11.3 LOPJ y 231 LEC) de aquellas objeciones formales sugerida por el recurrente. Es pertinente recordar a este respecto que, como afirmamos en nuestra STC 92/1990, de 23 de mayo, FJ 2, "no debe rechazarse un recurso defectuosamente interpuesto o formalizado sin dar previamente ocasión a la subsanación de los defectos advertidos, siempre que no tengan su origen en una actitud consciente o maliciosa del interesado y ello no dañe la regularidad del procedimiento ni el derecho de defensa de la parte contraria" (doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 213/1990, de 20 de diciembre, FJ; 172/1995, de 21 de noviembre, FJ 2; 285/2000, de 27 de noviembre, FJ 4; 238/2002, de 9 de diciembre, FJ 4)".

TERCERO.- El primer motivo del recurso interpuesto por el demandante se refiere a la desestimación de la excepción de prescripción basada en los arts. 21 de la Ley de Competencia Desleal y 45 de la Ley de Marcas. La impugnación de dicho extremo se basa en dos razones: se critica la valoración que se hace en la sentencia de la no aportación a autos de revistas en las que alega el demandado que publicó su establecimiento con el nombre "PENTHOUSE"; y se alega que está probado "el tiempo que mi mandante cuenta con el local abierto en Madrid".

En cuanto al primer extremo, el demandado no aportó justificación alguna de la publicidad que dice hizo en la revista "PENTHOUSE", ni solicitó siquiera que se requiriera a las demandantes (como con cierta imprecisión



se afirma en la sentencia) para que aportaran determinadas revistas. Lo que consta que solicitó como prueba, y le fue admitido (f. 187 en relación a los f. 166, 191 y 192), fue la remisión de un oficio "a la propia revista" (f. 166) solicitando la remisión de los diez primeros números de la revista "PENTHOUSE".

Consta en autos (f. 198) que dicho oficio fue remitido a la entidad "EUROPE STAR PUBLICACIONES, S.A.", que se identifica en su contestación como "actual licenciatario en España de de dicha publicación internacional", y que manifiesta que no puede remitir esos diez primeros números porque "no empezó a publicar la revista PENTHOUSE en español hasta su número 229". No consta en autos ni se pone de manifiesto en el recurso que el demandante reaccionara ante esta contestación y solicitara, al menos como diligencia final, la remisión de un oficio subsanando las posibles deficiencias del anterior (identificar más correctamente los números que debían ser enviados o la entidad a la que debía enviarse el oficio, etc).

Por tanto, se desprende de lo actuado que la causa de la falta de aportación de tales revistas, más que lo indicado en la sentencia sobre su antigüedad, se debe a la forma poco precisa en que fue propuesta la prueba, sin que la parte actora reaccionara ante la contestación del licenciatario de la revista que informaba sobre la imposibilidad de cumplimentarla en los términos solicitados. La falta de prueba de dicho extremo ha de perjudicar por tanto a la parte demandada, no sólo por corresponderle la prueba de los hechos extintivos de su obligación conforme al art. 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino porque la falta de aportación de las revistas no se debe a una actitud obstructiva de las actoras sino al deficiente modo en que la parte demandada propuso la prueba.

En cuanto a la breve afirmación que se hace sobre que está probado "el tiempo que mi mandante cuenta con el local abierto en Madrid", no parece razonable que con tan breve aserto pueda pretenderse la revocación de la sentencia condenatoria. En todo caso, lo determinante del inicio del término de prescripción del art. 45 de la Ley de Marcas (la alegación en el recurso del art. 21 de la Ley de Competencia Desleal carece de sentido puesto que las acciones basadas en esta ley han sido desestimadas) es el conocimiento por las actoras del uso por el demandado del signo infractor, por lo que carece de trascendencia alguna el tiempo que el demandado lleve regentando su establecimiento en Madrid, siendo lo trascendente desde cuando ha empleado el signo "PENTHOUSE" de modo que las actoras hayan podido conocerlo.

Sobre este extremo, el demandado alegó en su contestación a la demanda haber instalado un rótulo exterior con el nombre "PENTHOUSE" en época anterior incluso a que le fuera concedida la marca nacional a la parte actora. Pero la única prueba que aportó al respecto fue la relativa a la instalación de un rótulo exterior, pero no cuál fuera el nombre o signo de cualquier clase contenido en dicho rótulo.

Carece, pues, de fundamento la impugnación que se hace de la sentencia en lo relativo a la prescripción.

CUARTO.- Se alega también en el recurso que ha quedado acreditado que el demandado única y exclusivamente ha utilizado el distintivo Penthouse para rotular su establecimiento. Se ignora por la Sala, pues ni se expresa en el recurso ni es fácil deducirlo del mismo, de qué modo puede dicho argumento fundamentar la pretensión de revocación de la sentencia apelada. Tan sólo se aprecia cierta relación con un argumento expresado más adelante, como es la falta de identidad "entre los productos o servicios que ofrece la demandante y el uso que mi mandante puede estar realizando del distintivo Penthouse".

Los extremos objeto de esta alegación carecen de relevancia alguna, por cuanto que tratándose de una marca notoria, como ha admitido el demandado al contestar la demanda, incluso aunque no se considere que existe riesgo de confusión por la similitud de los productos o servicios, el art. 34.2.c de la Ley de Marcas permite al titular de la marca ejercitar el "ius prohibendi" respecto de "cualquier signo idéntico o semejante para productos o servicios que no sean similares a aquéllos para los que esté registrada la marca, cuando ésta sea notoria o renombrada en España y con la utilización del signo realizada sin justa causa se pueda indicar una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca o, en general, cuando ese uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o el renombre de dicha marga registrada". Razones por las cuales en todo caso se ha producido una vulneración de la marca de las actoras que éstas tienen derecho a combatir judicialmente ejercitando las acciones declarativas, cesatorias, de remoción e indemnizatorias.

La alegación que se hace en el recurso de que la marca "PENTHOUSE" no era notoria en el año 1979 no sólo es nueva, sino que además es intrascendente, pues ya se ha dicho que no existe prueba alguna de que el demandado estuviera utilizando ese signo en dicha fecha.

QUINTO.- En el último apartado del recurso se aduce que la actora no ha probado los perjuicios que el demandado le ha generado por el uso de su signo.

Resulta otra vez sorprendente que el demandado formule su recurso de apelación ignorando por completo lo expuesto en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil, como si la misma no hubiera sido dictada,



cuando el recurso de apelación tiene por objeto justamente impugnar los pronunciamientos de la misma y desvirtuar los argumentos de hecho de derecho que en la sentencia se exponen como fundamento de tales pronunciamientos.

Los extensos y acertados razonamientos que se contienen en el fundamento de derecho 5º de la sentencia justifican de modo adecuado la determinación de la indemnización a cuyo pago ha sido condenado el demandado, y a los mismos se remite la Sala.

Tan sólo procede añadir que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 3 de febrero de 2004 admitió que

"la aplicación de esa doctrina [la que mantiene la necesidad de probar los daños y perjuicios] no impide en determinados casos tenerlos por demostrados cuando éstos surgen «ex re ipsa», especialmente teniendo en cuenta la previsión contenida en el artículo 38.2 c) [de la Ley de Marcas de 1988 , que establecía la misma previsión normativa que el actual 43.2.c de la Ley de Marcas de 2001] al concretar como uno de los criterios para determinar las ganancias «el precio que el infractor hubiera debido pagar al titular por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho»".

El art. 43 de la Ley de Marcas regula una serie de parámetros indemnizatorios. Lo necesario, una vez probada la infracción marcaría y habiendo optado por la indemnización consistente en el 1 por 100 de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados, que el titular de la marca infringida tiene derecho a percibir "en todo caso y sin necesidad de prueba alguna", es probar cuál sea la citada cifra de negocios. Dado que los elementos probatorios, concretamente documentos contables, necesarios para acreditar tal extremo están en poder del demandado, que el art. 43.4 de la Ley de Marcas prevé que "a fin de fijar la cuantía de los daños y perjuicios sufridos, el titular de la marca podrá exigir la exhibición de los documentos del responsable que puedan servir para aquella finalidad", y que requerido oportunamente el demandado para que exhibiera una serie de documentos contables necesarios para fijar la cifra de negocios del establecimiento con el rótulo infractor de los derechos de marca durante los últimos cinco años no atendió al requerimiento, pese a la advertencia que se le hizo mediante providencia de 4 de junio de 2007, el Juzgado de lo Mercantil ha actuado correctamente al aplicar el art. 329.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y atribuir valor probatorio a la versión que del contenido de los mismos aportó la parte actora, considerando que dicha cifra de negocio ascendió durante esos 5 años a 6.000.000 €, de modo que el 1% de la misma asciende a la cantidad de 60.000 € a cuyo pago se ha condenado al demandado.

El citado art. 329.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entronca con la jurisprudencia establecida tanto por la Sala 1ª del Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 15 de noviembre de 1991) y del Tribunal Constitucional, el cual, en la STC 7/1994, de 17 de enero , declaró:

"...cuando las fuentes de la prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24 CE , por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses pertinentes para su defensa (STC 98/1987, FJ 3º y 14/1992, FJ 2º). Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie le es lícito beneficiarse de la propia torpeza (STC 227/1991, FJ 3º)".

Por todo lo expuesto, el recurso de apelación ha de ser plenamente desestimado.

SEXTO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como se prevé en el núm. 1 del artículo 398 en relación al 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Franco contra la sentencia dictada el 10 de julio de 2007 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, en el procedimiento núm. 530/05 del que este rollo dimana.

2.- Confirmamos íntegramente la resolución recurrida.



3.- Imponemos a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ