



Roj: **SAP BU 14/2012 - ECLI:ES:APBU:2012:14**

Id Cendoj: **09059370032012100005**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **13/01/2012**

Nº de Recurso: **383/2011**

Nº de Resolución: **6/2012**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUAN FRANCISCO SANCHO FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00006/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio : SAN JUAN 2

Telf : 947259950

Fax : 947259952

N.I.G.: 09059 42 1 2004 0100653

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000383 /2011

Juzgado procedencia : JDO.DE 1A.INSTANCIA N.1 de BURGOS

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000679 /2004

RECURRENTE : KRAFT FOODS GALLETAS PRODUCTION,S.L., KRAFT FOODS ESPAÑA COMERCIAL, S.L.

Procurador/a : JOSE MARIA MANERO DE PEREDA, JOSE MARIA MANERO DE PEREDA

Letrado/a : CRISTINA DUCH FOMOLL, CRISTINA DUCH FOMOLL

RECURRIDO/A : GALLETAS GULLON, S.A.

Procurador/a : MARIA DE LOS ANGELES SANTAMARIA BLANCO

Letrado/a : JOSE MASSAGUER FUENTES

La Sección Tercera de la Audiencia provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **don Juan Sancho Fraile** , Presidente **don Ildefonso Barcala Fernández de Palencia** y **Doña María Esther Villimar San Salvador** , ha dictado la siguiente.

SENTENCIA Nº. 6

En Burgos, a trece de enero de dos mil doce.

VISTO en apelación ante esta Sección Tercera, de la Audiencia Provincial de Burgos, los Autos de Procedimiento Ordinario nº 679 /2004, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 383 /2011, en los que aparece como parte apelante, **KRAFT FOODS GALLETAS PRODUCTION,S.L., y KRAFT FOODS ESPAÑA COMERCIAL, S.L.**, representado por el Procurador de los tribunales, don José María Manero de Pereda, asistido por el Letrado



doña Cristina Duch Fomoll; y, como parte apelada, **GALLETAS GULLON, S.A.**, representado por el Procurador de los tribunales, doña María Angeles Santamaría Blanco, asistido por el Letrado doña Sofía Martínez- Almeida, sobre violación derechos propiedad industrial y competencia desleal, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don Juan Sancho Fraile, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: "Desestimar la demanda formulada por la representación procesal de KRAFT FOODS GALLETAS PRODUCTION, SL (antes denominada GALLETAS UNITED BISCUITS, SA) y KRAFT FOODS ESPAÑA COMERCIAL, S.L., (antes denominada "UNITED BISCUIT IBERIA, SL") contra "GALLETAS GULLON, SA" y, en su consecuencia declarar no haber lugar a lo en ella pedido y absolver a la demandada de cuantas pretensiones contra la misma se deducen en tal demanda, imponiendo las costas del juicio a la parte actora.

2º: Notificada la anterior resolución a las partes por la representación de KRAFT FOODS GALLETAS PRODUCTION, S.L., y KRAFT FOODS ESPAÑA COMERCIAL, S.L., se presentó escrito preparando recurso de apelación, que posteriormente formalizó, mediante otro escrito, dentro del término que le fue concedido al efecto. Y dado traslado a la otra parte, presentó escrito de oposición a dicho recurso dentro del plazo que le fue concedido, acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º: Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 12 de enero de 2012 en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora y apelante, "KRAFT FOODS GALLETAS PRODUCTION, S.L., y KRAFT FOODS ESPAÑA COMERCIAL, S.L.", se impugna la sentencia de instancia pretendiendo en esta alzada su revocación y se estime la demanda, con imposición de las costas a la adversa.

Se alega, como primer motivo de impugnación de la sentencia recurrida, error respecto de la apreciación de la marca tridimensional 1.997.588 que fundamentó las acciones de infracción de la demanda.

Esta marca nacional tridimensional gráfica es la que consta en documento 22 del I de la demanda, de una galleta redonda, con estructura sándwich, con caras de color negro que presentan grafismos circulares dispuestos en relieve. Se subraya que la marca mencionada no se denomina "Oreo Blanco y negro", ni contiene en el centro la grafía **Oreo**, por lo que, según su criterio, el Juez de Instancia ha utilizado como elementos de comparación otros aspectos distintos a los que son objeto de esa marca, lo que lleva a la necesidad de revisarse toda la fundamentación contenida en la Sentencia impugnada.

Pues bien, procediéndose a esta revisión, se dedica el Fundamento de Derecho III, folios 1.811 y siguientes, a efectuar el juicio comparativo entre el signo tridimensional protegido por la marca y la forma de la galleta fabricada y comercializada por la demandada -todo lo cual subraya para sentar cual es la comparación relevante jurídicamente que se pretende realizar-.

Seguidamente, expresa los elementos a considerar. Es verdad que, entre todos los que menciona, alude a la grafía **Oreo**, que no se aprecia en la galleta de la parte actora.

Después de señalar los elementos comunes de las dos formas de galleta -redondas, tipo sándwich con dos capas externas negras y una capa intermedia de relleno blanca; que se describe con mas detalle en los puntos 1 a 5 que antecede, folios 1812 y 1813, a los que nos remitimos- lo hace con los diferenciadores, el tamaño y la ornamentación de las capas externas, que lo siguen siendo diferenciadores, haciendo abstracción de tal grafismo, como lo viene a hacer la propia sentencia recurrida. Considera como elementos genéricos, la forma redonda; la estructura en tres capas (dos externas y una intermedia de relleno), que es genérica a todas las galletas tipos sándwich, de acuerdo con su reglamentación que regula este producto (Real Decreto 1.124/1982, de 30 de abril); siendo un tipo de galletas producidas por diversas empresas y comercializadas pacíficamente. El color negro de las capas externas, por el empleo de cacao, y el blanco, por los productos lácteos y azúcar que contiene; fabricación por procedimientos estandarizados sin protección específica. El tamaño como un elemento indiferente, pudiendo ser mediano o pequeño.

Por tanto, tiene en cuenta todos esos elementos, que son genéricos o indiferentes. Apreciación que es pertinente y comparte este Tribunal.



El Juez de Instancia continúa con la argumentación y entra a analizar la cuestión básica: el elemento diferenciador que singulariza al producto, "el relieve u ornamentación decorativa de las caras externas de la galleta (que es lo jurídicamente trascendente en una marca tridimensional), y que, por un simple examen visual realizado por un observador medio, pueden considerarse diferentes de forma sustantiva...", por lo que puede concluirse, lógicamente, que las formas de las galletas comparadas no se consideran como idénticas o semejantes. Y a esta conclusión se llega, de igual modo, haciendo abstracción de un eventual grafismo de la palabra **Oreo**, y valorando, únicamente, el resto de los grafismos, relieves u ornamentos decorativos existentes en las caras externas de las galletas, descritos, todos ellos, en el ap. 5, folio 1.813, y es apreciable visualmente.

Conviene señalar a este respecto que el Tribunal Constitucional admite, como técnica jurídica de motivación, la remisión a los razonamientos de la Sentencia recurrida (SSTC 171/2002, 30 septiembre , y 223/2003, 15 diciembre), y también, a la doctrina o criterios jurídicos que las sentencias expresamente o materialmente se integran en la misma, como las del T.Supremo de 15 de diciembre de 2006 y 24 de junio de 2010 (Sala de lo Contencioso), extrayendo de esta última que "tanto la forma circular, tradicional en las galletas, como la estructura de sándwich expresamente contemplada como un tipo de galletas en el Real Decreto 1.12471.982 de 30 de abril, son elementos comunes a las dos formas tridimensionales opuestas y que, al margen de que no sean apropiables por nadie, no les aportan distintividad alguna a ninguna de ellas, precisamente porque son comunes a ambas. " y por ello la Sentencia de 24 de junio de 2010 , señala que "Galletas United Biscuits no puede pretender, por el hecho de tener registrada una marca gráfica prioritaria el monopolio de la forma de galletas tipo sándwich o por capas, esto es, aquellas formadas por dos galletas tradicionales entre las que se incorpora un relleno, normalmente de cacao o de productos lácteos y azúcar, pues ello supondría una protección exorbitante de su signo distintivo, cuya capacidad identificadora habrá de ser buscada en otros elementos diferentes del producto", para continuar señalando que "Por mucha notoriedad que se pudiera reconocer a las galletas denominadas "**Oreo**, no cabe asignar la exclusiva de la forma de galleta tipo sándwich a un solo fabricante, pues de ser así, se impediría a los competidores del sector concurrir lealmente con sus propias marcas de galletas compuestas por capas de diversos colores, si bien añadiendo elementos identificadores de su procedencia empresarial que faciliten la elección del consumidor medio", señalando que lo anterior no implica declarar la nulidad de la marca nº 1.997.588 pues "su validez viene respaldada por el hecho que a la forma común, inapropiables, une otras características, como por ejemplo los grafismos y disposiciones de la superficie de la galleta, que sirven para dotarla de carácter distintivo".

Tampoco puede desconocerse la doctrina y declaraciones contenidas en la Sentencia de este Tribunal, nº 459/2005, de 27 de octubre -Rollo de Apelación nº 311/2005 , dimanante del juicio ordinario nº 165/2004, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Burgos, seguido entre las mismas partes, respecto del mismo tipo de galletas sándwich , siendo la de la actora, la misma, y difiriendo la de la demandada, que tenía otro tipo de grafismo y relieve en las caras externas-.

La parte actora reconoce que se "trata de la misma galleta...a la que simplemente se ha modificado el diseño de ornamentación en relieve de las caras..."; es una segunda versión, "no es mas que la misma galleta que motivó el procedimiento inicial...".

Siendo esto así, y que la galleta ahora litigiosa, la de la sociedad demandada, es visiblemente mas diferenciada en un diseño de ornamentación en relieve de las caras, siguiendo la expresión de la parte, se justifica traer a colación la Sentencia de este Tribunal mencionada, en cuanto que resolvió en firme una cuestión prácticamente, si no idéntica, muy similar.

En el Fundamento de Derecho Quinto se dice que " En el presente caso, no puede desconocerse la manera en la que se presentan al consumidor las galletas litigiosas, en envoltorios o envases perfectamente distinguibles -no se venden las galletas a granel o por unidades separadas del envoltorio en el que se comercializan- y las de la parte actora con el signo denominativo "**Oreo**".

Son aspectos que realmente no se cuestionan, aunque convenga subrayar para valorar la efectividad del riesgo de confusión de las galletas en el mercado, que sólo por estas circunstancias lo excluirían.

No obstante, la comparación de las galletas controvertidas, tanto en su visión de conjunto como por alguno de sus elementos configuradores permiten inferir que el consumidor medio las puede distinguir, eligiendo, entre ellas, la que sea de su preferencia adquisitiva.

A esto no se opone el color negro de la galleta-sándwich de la actora, pues, aun cuando sea el resultado de un concreto proceso técnico de alcalinización del cacao, no es de uso exclusivo de la parte actora ni impide que pueda lograrse eventualmente de otro modo. El registro de la marca no alcanza al procedimiento técnico de elaboración, aunque su resultado sirva para individualizarla junto con otros elementos, para distinguirla de aquellas otras que sean del mismo color. Es una cualidad del producto que no es de uso exclusivo, puesto que depende de un ingrediente básico de este tipo de galleta y de un procedimiento técnico de elaboración



que no ampara el registro de la marca, sin perjuicio de constituir un elemento identificativo, por su tonalidad e intensidad, junto con el resto de elementos que componen el producto.

La disposición de los elementos ornamentales, los grafismos o dibujos que lleva la galleta y marca registrada, como argumenta la sentencia de instancia, folio 998, individualizan su producto, y especialmente cuando el tamaño y el grosor de las galletas litigiosas son distintos -abstracción hecha del envase y la marca denominativa "Oreo" de la actora-.

Y en el Fundamento de Derecho Sexto, se añade "En el presente caso la distinción de la galleta de la parte actora sólo por los dibujos y grafismos que presenta externamente, hace que sea una marca débil, que adquiere notoriedad al utilizar simultáneamente la marca denominativa "Oreo", que es la que da a la galleta un mayor carácter distintivo, de modo que no puede pretender una absoluta distinción con el resto de galletas sándwich sólo por los grafismos externos, aunque, lógicamente, sirvan a esta finalidad -dibujos en relieve que utilizan la generalidad de las galletas de este tipo, en mayor o menor medida-. Por esta razón, el riesgo de confusión entre una marca débil y un signo posterior requiere sino una identidad en la totalidad de los elementos, al menos una identidad en elementos no apropiables, lo que no concurre en el presente caso -en este sentido las SSTs de 7 de mayo de 1.977 y 6 de julio de 2.000 -. La notoriedad en el mercado deriva de utilizar la marca denominativa "Oreo", que es como realmente se identifica la galleta, lo que excluye cualquier riesgo de confusión con las demás galletas de este tipo, de manera que no puede exigir, jurídicamente, sólo por unos grafismos, la distinción absoluta con todas las galletas sándwich y prohibir su registro y comercialización en razón de tales grafismos -abstracción hecha de que se presenten al consumidor en envases y formatos perfectamente distinguibles-.

Incluso, inicialmente, hay una aceptación de los cambios propuestos por la parte demandada sobre el color del envase y la modificación del troquel de flor por el de una espiral, el ahora litigioso, bien que se diluyera en un posterior desacuerdo y mantenimiento de las posiciones previas.

En definitiva, el Juez de Instancia no incurre en la apreciación errónea alegada por la parte recurrente en el Primer Motivo de impugnación, pues el juicio comparativo de las marcas enfrentadas, o juicio de confundibilidad, lo realiza sobre los elementos gráficos, y las alusiones a la "galleta oreo blanca y negra", o denominación "Oreo blanco y negro", no se utiliza como elemento comparativo de distinción de las galletas, sino identificativo de una galleta y su registro respecto de la otra.

SEGUNDO .- El siguiente motivo de impugnación se funda en la falta de examen del supuesto de infracción de marca contemplado en el art. 34-2 C) de la Ley de Marcas , en relación al art. 218 LEC .

La sentencia de instancia considera que este precepto no fue expresamente invocado en la demanda, y no toma en consideración la cuestión de la notoriedad de la marca, si bien analiza el del riesgo de confusión.

La propia parte apelante reconoce que no se hizo una referencia específica de ese precepto en el Fundamento de Derecho V de la demanda, aunque sí al art. 8 de la Ley de Marcas , así como a la palabra notoriedad, en el Fundamento de Derecho mencionado y en los Hechos 2º y 4º de la demanda, lo que permite un enjuiciamiento en base al principio de iura novit curia, al integrarse en la causa petendi -y alegado expresamente en la audiencia previa-.

Esta alegación es procesalmente irrelevante, pues el objeto del proceso queda establecido en la demanda - art. 412-1 LEC -, y no se trata de una alegación complementaria o aclaratoria admisible del art. 426 LEC , pues no se trata de aclarar una alegación formulada o rectificar un extremo secundario de las pretensiones, tratándose de algo sustancial a las pretensiones y sus fundamentos.

Es cierto que se empela las palabras " notoriedad" y "notorias" en los Hechos mencionados, y "notoria" y "notoriedad" en el Fundamento de Derecho V, junto a la cita del art. 8 Ley de Marcas , dirigido mas a argumentar sobre la confusión de las marcas y su protección reforzada, que al ejercicio de una acción fundada en el art. 34-2-C Ley de Marcas , con la exigencia de la concurrencia de unos requisitos específicos; lo que patentiza la comparación del contenido del Fundamento de Derecho V de la demanda, folios 22 a 29, con el correlativo del Motivo Segundo del escrito de interposición del recurso, folios 1857 a 1872, especialmente 1864 a 1870 (Hechos y calificación jurídica).

Es cierto que, el art. 218 LEC , permite al tribunal resolver mediante la aplicación de una norma que no haya sido citada o alegada por los litigantes, eso sí, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho y de derecho distintos a los que las partes hayan querido hacer valer; es decir, hay que estar a los hechos que sustentan la pretensión, al componente fáctico esencial de la acción ejercitada, con el que debe existir una adecuación sustancial. Los hechos en virtud de los cuales se funda la acción ejercitada, que identifica y delimita, como supuesto de la norma a aplicar; todo lo cual, integra la causa de pedir, que impide cualquier



desviación en el pronunciamiento. Desde luego, en el suplico de la demanda no se pretende una declaración de la marca actora como notoria, ni que la infracción de la demandada es por esta causa.

No obstante, habida cuenta este eventual margen y el principio pro actione, de una invocación implícita, cabe efectuar una argumentación mas específica, añadiéndose a la de naturaleza procesal mencionada, en contestación a las alegaciones formuladas por la parte recurrente.

A la notoriedad ya se refería la Sentencia de este Tribunal del procedimiento anterior, en el sentido de que la notoriedad de la galleta actora, la adquiere, al utilizar simultáneamente la marca denominativa "**Oreo**", que es lo que da a la galleta un mayor carácter distintivo -solo por los dibujos y grafismos externos es una marca débil-. El riesgo de confusión entre una marca débil y un signo posterior requiere si no una identidad en la totalidad de los elementos, al menos una identidad en elementos no apropiables, lo que no concurría en el anterior caso, como en el presente.

Se decía, y sirve ahora, que la notoriedad en el mercado deriva de utilizar la marca denominativa "**Oreo**", que es como realmente se identifica la galleta, lo que excluye cualquier riesgo de confusión con las demás galletas de este tipo.

La encuesta presentada por la parte actora en el anterior procedimiento, lo que demuestra es la notoriedad de la marca denominativa, con la que los consumidores identifican un determinado producto, no por unos dibujos o grafismos, lo que no impide su comercialización por otras empresas que las distinguan de otro modo.

La propia sentencia recurrida argumenta sobre la notoriedad de la marca actora y sus consecuencias jurídicas, en razón de la acción ejercitada: a) en el Fundamento de Derecho Tercero, folio 1.815, al citar la S.T.S. de 24 de junio de 2010 , antecedentemente transcrita, cuya argumentación se da por reproducida en este apartado; b) en el Fundamento de Derecho Cuarto, folio 1.817, en relación a la encuesta de la empresa IPSOS, expresándose que "

" Frente a tales alegaciones hemos de señalar que la encuesta solo revela que la marca "**Oreo**", dada su fama y antigüedad, es más conocida por el consumidor, y que por ello éste asocia las galletas tipo sándwich de cacao y por ello color negro con las galletas "**Oreo**", pero ya hemos señalado que por muy notoria que sea la citada marca, y pese a la identificación que el consumidor medio hace de la misma con las galletas tipo sándwich , la actora no tiene la exclusiva para la fabricación de tal tipo de galletas, que son un tipo común, reconocido reglamentariamente, y que de hecho fabrican con distintas denominaciones diversas empresas que operan en el mercado galletero español". Por tanto, no hay una ausencia de motivación en la instancia sobre este aspecto.

La notoriedad no es de la marca tridimensional, sino de la denominativa "**Oreo**", siendo, aquéllas, diferentes y diferenciables, como la forma en las que se presentan las galletas de las partes, en envases, no sueltos o granel; ahora, además, en un troquel mas diferenciado, y una tonalidad del envase mas alejado, actualmente, a la utilizada por el envase de la actora.

La acción fundada en una marca notoria, del art. 34-2-C Ley de Marcas , requiere la concurrencia de determinados requisitos, sobre los que cabe hacer las consideraciones jurídicas siguientes:

A) Como se ha dejado expuesto, la notoriedad es de la marca denominativa "**Oreo**", no de la Marca Española gráfica nº 1.997.588, tridimensional; siendo así que, aquélla, el demandado no la utiliza, ni existe conflicto respecto de ella ni riesgo de confusión -abstracción hecha que tampoco lo existe respecto de la gráfica-

B) El uso de su marca por la Sociedad demandada tiene su justa causa -ex art. 37 Ley de Marcas - conforme a prácticas leales en materia industrial o comercial, como es el título que lo habilita.

C) No se aprecia que concurra una dilución o menoscabo de la distintividad de la marca notoria o renombrada (que sería, en todo caso, la denominativa), lo que tampoco se aprecia se extienda a la gráfica/tridimensional, en base a un perjuicio cierto, que de lugar a que el consumidor conecte los productos, de modo que menoscabe el carácter distintivo de la marca anterior o se aproveche indebidamente de esta marca, produciéndose una desviación injustificada de los consumidores, con la correspondiente repercusión económica -disminución de ventas- por esta concreta causa.

D) No consta que se haya producido un menoscabo en el renombre de la marca ajena, en la imagen con la que se presenta en el mercado, de manera que los consumidores valoren en menor medida la marca, la tengan en menor consideración.

E) No se ha producido un aprovechamiento de la notoriedad o renombre de la marca ajena, en el sentido que la parte demandada haya obtenido una ventaja comercial, bajo el supuesto de unos signos confundibles, que no se dan en el presente caso.



La sentencia de instancia refiere sobre estos aspectos, en el Fundamentos de Derecho Cuarto, folio 1819, la siguiente argumentación, que este Tribunal comparte: " Y no existe prueba concreta que la demandada se haya aprovechado de la reputación de la marca de la actora ni del esfuerzo realizado por ésta para implantar sus galletas en el mercado español, y en concreto no se ha probado que el volumen de ventas de las galletas "oreo" haya disminuido como consecuencia de la competencia de las galletas denunciadas, ni que el ritmo de crecimiento de las ventas se haya visto afectado, ni tampoco que haya habido una disminución de la cuota de mercado, no estando acreditado la existencia de un perjuicio real para la actora, lo cual hubiera sucedido en el caso que la demandada se hubiera aprovechado de la reputación de la marca de la actora o del esfuerzo realizado para proporcionar la misma".

TERCERO.- La parte apelante alega, como tercer motivo de impugnación de la sentencia de instancia, error por falta de imposición de las costas causadas a la parte demandada por la desestimación de la excepción reconvenzional de nulidad formulada en la contestación de la demanda.

Se alega que, esta excepción, siguió para su tramitación lo previsto en el art. 408 LEC , contestándose por esta parte y pidiéndose su desestimación, lo que acogió la sentencia recurrida -Fundamento de Derecho III-; pese a lo cual, no impone las costas, por aplicación analógica del art. 394 LEC para la reconvencción -ex art. 4-1 C.Civil -.

Con independencia de la eficacia que las partes dieran o entendieran debía de darse a la desestimación de la demanda reconvenzional, producida en el juicio ordinario nº 165/04, en el acto de la Audiencia previa el hecho es que el Juez de Instancia desestima la excepción de nulidad opuesta por la parte demandada en su escrito de contestación; sin que, lógicamente, recaiga pronunciamiento alguno en la parte dispositiva de la sentencia sobre la desestimación de tal excepción.

Si la parte actora considera que se omitió, no obstante, el pronunciamiento sobre las costas por esa desestimación, pudo pedir el complemento de la sentencia, conforme al art. 215 LEC .

No obstante, el art. 394 LEC condiciona la imposición de las costas a la desestimación de "todas las pretensiones", lo que, conceptualmente, comporta el ejercicio de una acción, la actuación de un derecho subjetivo, solicitándose del tribunal el correspondiente pronunciamiento declarativo y de condena, que no es el supuesto procesal, pues se trata de una excepción, es decir, un motivo de oposición a la pretensión ejercitada por la otra parte, en base a un hecho extintivo, impeditivo o enervatorio, con la única finalidad de obtener la desestimación de esa pretensión y su absolución, pero no un pronunciamiento a su favor, declarativo y de condena, precisamente, porque no se ejercita una acción/pretensión, que , obviamente, no puede ser desestimada; presupuesto al que se anuda la imposición de costas.

Que se posibilite la contestación, a petición del actor, en el mismo plazo que para la contestación a la reconvencción, no significa que participe de la misma naturaleza, por lo ya argumentado, ni siquiera analógicamente, porque no hay identidad de razón -identidad jurídica esencial- y la imposición de costas tiene un carácter sancionador que la hace inaplicable.

CUARTO .- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a la parte apelante, y no apreciarse circunstancia legal que justifique otro pronunciamiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicació.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia recurrida, con imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, notificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó estando celebrado el Tribunal audiencia pública en el día de la fecha, doy fe.-