



Roj: **SAP V 382/2000 - ECLI: ES:APV:2000:382**

Id Cendoj: **46250370062000100909**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **6**

Fecha: **24/01/2000**

Nº de Recurso: **890/1999**

Nº de Resolución: **62/2000**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PURIFICACION MARTORELL ZULUETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO DE APELACIÓN 890/99

SENTENCIA N° 62

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES

PRESIDENTE

Doña Ana Pérez Tórtola

MAGISTRADOS

Doña Purificación Martorell Zulueta.

Doña Carolina del Carmen Castillo Martínez.

En la ciudad de Valencia, a veinticuatro de enero del año dos mil.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados anotados al margen, y siendo ponente Purificación Martorell Zulueta, ha visto el presente recurso de apelación, contra la sentencia de 9 de julio de 1999, AUTOS DE JUICIO DECLARATIVO DE MENOR CUANTÍA 91/98 tramitados por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de MONCADA - Valencia -.

Han sido parte en el recurso, como APELANTE LA ENTIDAD PROMOCIONES KYPERUS S.L. representada por el Procurador de los Tribunales DON JAVIER CERVELLÓ PEREMARCH bajo la dirección letrada de DOÑA PILAR GARCÍA LÓPEZ y como parte DEMANDANTE APELADA INDUSTRIAS LACTEAS CERVERA S.A., representada por el Procurador de los Tribunales DOÑA LIDÓN JIMÉNEZ TIRADO bajo la dirección letrada de DON MANUEL BROSETA DUPRÉ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La SENTENCIA de 9 de julio de 1999 , contiene la siguiente parte dispositiva: "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Dª LIDON JIMÉNEZ TIRADO, en representación de INDUSTRIAS LACTEAS CERVERA S.A. contra PROMOCIONES KYPERUS S.L. debo declarar y declaro que la utilización en el mercado por parte de la demandada de la etiqueta, tapón y envase, mediante los cuales comercializa su producto de horchata de chufa esterilizada, individualizado con la marca VERGE, es constitutiva de actos de competencia desleal frente a la demandante, y en su consecuencia debo condenar y condeno a la demandada:

1º) a la cesación inmediata de dichos actos de competencia desleal, y a la sustitución de la etiqueta, tapón y características del envase en cuestión por otros que no presenten relación de confundibilidad con los empleados por la actora.

2º) a la inutilización o destrucción, de forma fehaciente, de cuantos stocks de etiquetas, tapones y envases del producto de horchata VERGE obren en su poder con las características denunciadas, y a retirar de inmediato del mercado, tanto de mayoristas como de establecimientos minoristas, tiendas de alimentación, bares,



restaurantes, cafeterías y hoteles, cuantas existencias del producto de horchata VERGE hayan distribuido con las etiquetas, envase y tapón denunciados.

3ª) al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la actora por la conducta desleal desplegada, en la cuantía que se determine en período de ejecución de sentencia.

4ª) a la publicación del fallo o parte dispositiva de la sentencia en los medios de comunicación que en ejecución de sentencia se determinen, en atención a los puntos de distribución y comercialización del producto de horchata esterilizada VERGE.

Todo ello con imposición a la parte demandada de las costas procesales devengadas."

SEGUNDO.- Contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, admitida en ambos efectos y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial, y previos los oportunos trámites legales, se acordó señalar la Audiencia del día 24 de enero del año dos mil, para la celebración de la vista, que se verificó con el resultado que consta en el rollo de apelación, quedando seguidamente los autos vistos para dictar la procedente resolución.

TERCERO.- Se han observado en lo esencial las prescripciones legales tanto en la instancia como en la alzada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de la resolución apelada

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora se ejercitó demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la entidad PROMOCIONES KYPERUS S.L. en ejercicio de las acciones declarativa y de cesación de actos de competencia desleal, así como de las acciones de remoción de efectos y resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por actos de competencia desleal, con inclusión de la publicación de la sentencia condenatoria que en su caso recaiga, alegando en síntesis los siguientes hechos: 1) la entidad actora elabora y comercializa el producto de Horchata de **Chufa de Valencia** esterilizada, individualizada con la marca CHUFI, propiedad de COMPAÑÍA DERIVADOS DE ALIMENTACIÓN S.A. desde 1985, abonando al efecto el correspondiente canon. 2) la comercialización por parte de la demandante de su producto de horchata CHUFI con el actual etiquetado, envase y tapón, comenzó hace varios años, habiéndose convertido dichos elementos en rasgos identificadores del producto, habiendo realizado importantes campañas publicitarias para su promoción. 3) La entidad demandada, constituida el 15 de enero de 1997 comenzó durante la campaña estival de 1997 la comercialización de su producto de horchata VERGE mediante la utilización de ENVASES, TAPONES Y ETIQUETAS en clara imitación de las empleadas por INDUSTRIAS LACTEAS CERVERA S.A. para la comercialización del producto CHUFI y así se ha detectado en el mercado, con claro perjuicio para la demandante. 4) La demandante ha requerido a la mercantil demandada instándole a dejar de utilizar en la comercialización de su producto las etiquetas, envases y tapones que imitan claramente los utilizados por la actora, por lo que contestado negativamente el requerimiento, la demandante se vio obligada a instar la adopción de medidas cautelares de las que conoció el Juzgado de Moncada nº 3 cuya tramitación ha permitido a la demandante contar con otros elementos de juicio que refuerzan su pretensión de tutela judicial ante los actos de competencia desleal que viene padeciendo, en los términos que resultan de los folios 5, 6 y 7 de su escrito de demanda. 5) Se ha intentado, sin éxito obtener una solución extrajudicial, a cuyo fin se requirió a la demandada en fecha 1 de julio de 1997, negando la entidad demandada que estuviera incurriendo en actos de competencia desleal. 6) La conducta desplegada por la entidad demandada es constitutiva de forma evidente de actos de competencia desleal, siendo idónea su actuación en el mercado para crear confusión en los consumidores como resultado del riesgo de asociación derivado de la imitación de los envases, tapón y etiquetas, con un aprovechamiento indebido de las ventajas derivadas de la reputación comercial alcanzada por CHUFI. Tras hacer referencia a las compras notariales de productos de horchata VERGE Y CHUFI practicadas a su instancia y a la evitabilidad de la conducta desplegada por la demandada, procedió al análisis de los elementos identificadores de cada uno de los productos, individualmente considerados y de la imagen de conducto que ofrecen llegando a la conclusión de que de la suma de las semejanzas entre ambos se desprende que los dos productos producen a la vista, tanto individualmente considerados, como en su imagen de conjunto, una inequívoca impresión de relación o correspondencia, por lo que teniendo presente el comportamiento del consumidor en la compra de productos de horchata (en relación el tipo de producto, irreflexividad y rapidez del acto de adquisición al no detenerse siquiera en la estantería o lineal en que está expuesto, nivel de implicación del consumidor en la compra e imagen de marca) debe concluirse que el riesgo se ha materializado en la práctica en aquellos establecimientos en los que se ofertan al público los mencionados productos, habiéndose producido un notable descenso en la venta del primero, subsistiendo el comportamiento de la demandada en claro perjuicio de la actora, por lo que invocó los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso, acompañó a la demanda los documentos en que sustentaba su

pretensión, y suplicó se dicte sentencia en los términos que resultan del suplico de su escrito de demanda a los folios 40 y 41 de las actuaciones. Se acompañó a la demanda abundantísima documentación - folios 50 a 355 ambos inclusive - relativa a la titularidad de la marca, diligencias notariales de adquisición y ubicación de los respectivos productos en los hipermercados, así como su coste, requerimientos notariales, fotocopias de fotografías de pancartas publicitarias, costes publicitarios, fotocopias de reuniones del CONSEJO REGULADOR DE DENOMINACIÓN DE ORIGEN **CHUFA DE VALENCIA**, fotocopias de la investigación de marca VERGE, INFORME PERICIAL DE PARTE CON FOTOGRAFÍAS FOTOCOPIADAS A COLOR DE AMBOS PRODUCTOS EN RELACIÓN CON OTROS DE LA MISMA GAMA AL FOLIO 197 Y SS DESTACANDO LOS FOLIOS 218 Y 219 donde se aprecia la similitud de envases, etiquetas y tapones, INFORME DE PARTE sobre actos de competencia desleal a los folios 228 y ss en el que igualmente destacó las fotografías a los folios 251 y 252, INFORME DE PARTE sobre concentración de ventas volumen por áreas al folio 253 y siguientes, otro informe al folio 334 y un acta notarial de 9 de marzo de 1998 al folio 348.

Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada compareció para oponerse a la demanda - folio 363 y siguientes de las actuaciones - negando que el actual etiquetado, envase y tapón que utiliza la demandante se hayan convertido en productos identificadores del producto CHUFI, señalando igualmente que la marca VERGE está en el mercado desde 1984 aún cuando en el año 1997 se empieza a comercializar la horchata esterilizada bajo la indicada marca no siendo cierto que la citada comercialización se haya realizado mediante la utilización de envases, tapones y etiquetas en clara imitación de las empleadas por la actora, no estando registrado como modelo industrial el formato del envase, no pudiendo registrarse el color por sí sólo (en lo que se refiere al tapón) siendo igualmente distintas las etiquetas, habiendo actuado la demandada de buena fe en todo momento. Admitió haber sido objeto de requerimiento por parte de la actora y si se contestó negativamente al mismo es porque su conducta no vulnera la Ley de Competencia desleal, pretendiendo la actora colocarse en posición de monopolio en el mercado de horchata esterilizada, molestándole la competencia de cualquier empresa que pueda hacerle sombra. Impugnó el contenido de los informes aportados de adverso y las conclusiones alegadas de contrario en relación con los mismos, por lo que, acompañando a su escrito los documentos en que fundaba su postura, suplicó el dictado de una sentencia desestimatoria de la demanda. Los documentos de la parte demandada están a los folios 388 a 416 de las actuaciones, destacando: fotocopia de anuncio publicitario al folio 392, etiquetas de los dos productos en litigio al folio 393, fotocopias de actas del Consejo regulador de denominación de origen, etiqueta aprobada por el citado organismo al folio 398 - que no se corresponde exactamente en cuanto a colores con aquella que consta al folio 392 con la que al parecer comercializan el producto - auto desestimatorio de las medidas cautelares al folio 403 y acta notarial de 17 de junio de 1997 al folio 406.

Celebrada la comparecencia con el resultado que obra al folio 420 de las actuaciones, y solicitado el recibimiento del pleito a prueba se procedió a la práctica de la que seguidamente se relaciona, y que consta en el TOMO II de las actuaciones:

al folio 465 acta notarial de diez de julio de 1997,

al folio 478 acta notarial de 23 de julio de 1997 con especial referencia a la fotografía obrante al folio 483 vuelto.

Al folio 485 acta notarial de 23 de julio de 1997 con especial referencia a las fotografías obrantes al folio 490.

Al folio 492 acta notarial de 14 de julio de 1997.

Al folio 501 acta notarial de 15 de julio de 1997 con especial referencia a las fotografías obrantes a los folios 508, 509, 510, 511 y 512 .

Al folio 516 solicitud de inscripción de cesión de signos distintivos.

Al folio 521 folleto publicitario de CONTINENTE con especial referencia al folio 524 en el que aparecen los dos productos litigiosos.

Fotocopias de facturas a los folios 529 a 553.

Declaración del testigo DON Plácido al folio 612, catedrático de comercialización e investigación de mercados en la Universidad de Castilla la Mancha, quien entre otras manifestaciones señaló que en este tipo de producto el elemento diferenciador son el envase, la etiqueta y la marca, dado que el producto en sí (la horchata) carece de elementos diferenciadores de cara a la percepción del consumidor, refiriéndose igualmente a la influencia de los aspectos publicitarios (repreguntas al folio 622).

Declaración del testigo DON Vicente a los folios 615 y 616 (repreguntas al folio 621)

Declaración del testigo DON Carlos Jesús a los folios 617, 618 y 619 (repreguntas al folio 620)

Confesión del legal representante de la entidad demandada a los folios 625 a 632.



Al folio 661 testimonio del auto de la Sección 7ª de 8 de julio de 1998 desestimatorio del recurso de apelación contra el auto denegatorio de las medidas cautelares al no haber sido acompañado a la Sala los envases.

Declaración del testigo DON Jesús María al folio 698 (repreguntas al folio 696)

Declaración del testigo DON Juan Pablo al folio 701 (repreguntas al folio 700)

Confesión del legal representante de la actora a los folios 708 a 722.

Al folio 723 y siguientes testimonio de las medidas cautelares 328/97.

Al folio 761 CERTIFICACIÓN de la CONSELLERIA DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN relativa a la denominación de origen **CHUFA DE VALENCIA**.

Al folio 764 y ss. CERTIFICACIÓN DE ANDEMA relativa al estudio "FRAUDE DE MARCA" epígrafe "la elección para consumo de productos de marca".

Evacuado el trámite de conclusiones - folio 777 y siguientes - recayó sentencia en fecha 9 de julio de 1999 estimatoria de la demanda - folio 826 y siguientes - en los términos que resultan del antecedente de hechos primero de esta resolución, contra la que se alza la representación de la parte demandada.

SEGUNDO.- En el acto de la vista, la representación de la parte apelante solicitó la revocación de la sentencia y que se dicte otra por la que se desestimen las pretensiones deducidas en el escrito de demanda, argumentando: 1) que no existe la semejanza apreciada por el Juzgador "a quo" en los términos que resulta del examen de las actas notariales, etiquetas y folleto del hipermercado CONTINENTE, no pudiendo efectuarse un examen individualizado de los distintos elementos sino que ha de tenerse presente la visión de conjunto, de la que resultan las diferencias entre ambos productos, 2) No hay actos de competencia desleal de los artículos 5, 6 y 11 de la Ley, pues el título que aporta la demandante no ampara el tapón, ni la botella... No hay competencia desleal en la imitación, y no se produce la pretendida confusión en el mercado porque existen elementos suficientemente identificadores de ambos productos (acanaladura de las botellas, etiquetas) no siendo suficiente la mera imitación para que prospere la demanda, sino que es necesario que se haya producido un aprovechamiento indebido, lo que no concurre pues los productos VERGE se comercializan desde 1986, habiéndose incorporado al mercado de la horchata cumpliendo todos los requisitos legales y administrativos.

La parte apelada solicitó la íntegra confirmación de la sentencia, pues la marca CHUFI es una marca líder en el mercado, desde hace más de diez años, no habiendo comercializado la marca VERGE horchata hasta 1997. Ciertamente se ha de efectuar el análisis de conjunto y precisamente de este análisis de conjunto resulta la confusión en el mercado, por el lugar en el que se comercializa el producto, por el tipo de consumidor y compra irreflexiva, y porque además coinciden en ambos productos 6 de los ocho elementos identificadores, como resulta de la actividad probatoria desplegada - que comentó -, no siendo posible la gran rentabilidad económica obtenida por la demandada en pocos meses con una inversión publicitaria de 30.000 pesetas si no es por la similitud buscada con el producto de la actora. En cuanto al segundo de los argumentos esgrimidos en el recurso, señaló que la parte adversa hace una interpretación torticera del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, pues la acción que ejercita su representado lo es al amparo del número segundo del indicado precepto, analizando el resultado de la actividad probatoria en orden a la confusión que se genera en el mercado, por lo que procede la confirmación de la sentencia con expresa imposición al recurrente de las costas procesales causadas.

TERCERO.- La Sala, en el ejercicio de la facultad revisoria que le compete en orden a las cuestiones que constituyen el objeto de la apelación, ha procedido a examinar los autos y a contrastar su contenido con la respuesta que ofrece la resolución apelada al decidir acerca de los hechos objeto del juicio, sometidos a la consideración del Juzgado, no habiendo apreciado en tal examen revisorio ningún dato objetivo del que resulte error alguno por parte del Ilmo. Juez de Primera Instancia número 2 de los de Moncada, ni en la descripción de los antecedentes fácticos, ni en el criterio valorativo que respecto de los mismos adopta en relación con las alegaciones de las partes oportunamente deducidas en los escritos de demanda y contestación, limitándose el recurrente, en el acto de la vista, a reproducir los argumentos expuestos en la instancia, y que ya fueron examinados en su momento por el Juzgador "a quo", quien vino a concluir en la estimación de la demanda.

La sala comparte plenamente los acertados razonamientos que se contienen en los mencionados fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, pues de la amplia prueba documental y pericial practicada, en relación con el examen personal que ha efectuado el Tribunal de los envases de horchata CHUFI Y VERGE, en relación a los lugares y forma en que se comercializa y tipo de compra que realiza sobre tales productos el consumidor, así como en relación al resultado de la prueba de confesión judicial y testifical que han quedado reseñadas, se desprende que la entidad demandada PROMOCIONES KYPERUS S.L. ha concurrido deslealmente con arreglo al contenido del párrafo segundo del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal,



pues el uso del tapón del mismo color, las características similares del envase y la similitud de su etiqueta con la utilizada para la marca CHUFI, resultan idóneas para generar asociación por parte de los consumidores, comportando un aprovechamiento indebido de la reputación o esfuerzo ajeno - que igualmente ha quedado acreditado - con un mínimo esfuerzo, siendo posible la evitación del mencionado riesgo de asociación, razón por la que procede confirmar la sentencia dictada por el titular del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Moncada por sus propios y acertados fundamentos, ya que poco más puede añadirse que no haya sido dicho ya en la misma; por ello y en evitación de innecesarias reiteraciones se dan por reproducidos los argumentos expuestos en ellos que por su claridad y precisión no merecen mayores consideraciones.

CUARTO.- La confirmación de la Sentencia de instancia determina la imposición de costas a la recurrente conforme al contenido del artículo 710 apartado segundo de la LEC .

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de S.M. El Rey, y por la autoridad conferida por la Constitución aprobada por el pueblo español,

DECIDE:

PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por la entidad PROMOCIONES KYPERUS S.L. contra la sentencia de 9 de julio de 1999 , que se confirma íntegramente.

SEGUNDO.- Imponer las costas de la apelación a la parte apelante.

A su tiempo, devuélvanse las actuaciones originales al Juzgado de procedencia, con certificación de esta Sentencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.