

Roj: **SJPII 39/2016 - ECLI:ES:JPII:2016:39**Id Cendoj: **40194410022016100007**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia e Instrucción**Sede: **Segovia**Sección: **2**Fecha: **23/02/2016**Nº de Recurso: **569/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**Ponente: **ROBERTO NIÑO ESTEBANEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA núm. /2016

En la ciudad de Segovia, a veintitrés de febrero de dos mil dieciséis.

SSª. Ilma. D. Roberto Niño Estébanez, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de lo Mercantil de Segovia, ha conocido en la primera instancia de la jurisdicción civil, con audiencia oral y pública, el presente procedimiento de **juicio ordinario**, registrado con el **número 569/2014**, sobre competencia desleal, en el que han intervenido: como **parte demandante**: la entidad "AGRÍCOLA CASTELLANA SOCIEDAD COOPERATIVA LIMITADA", representada por el Sr. Procurador de los Tribunales D. Alfonso Bartolomé Núñez y asistida por el Sr. Letrado D. Félix Ordoño Martínez; y como **partes codemandadas**: la sociedad de capital "AVELINO VEGAS, S.A.", representada por el Sr. Procurador de los Tribunales D. José-Carlos Galache Díez y asistida por el Sr. Letrado D. Jesús Velasco Bernal; y la sociedad de capital "MAKRO AUTOSERVICIO MAYORISTA, S.A.", representada por la Sra. Procuradora de los Tribunales Dª. María-Dolores Bas Martínez de Pisón y asistida por los Sres. Letrados Dª. Mónica Esteve Sanz y D. Federico-Álvaro de Castro Durand.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.-De la interposición del escrito de demanda.

El Sr. Procurador de los Tribunales D. Alfonso Bartolomé Núñez, en nombre y representación de la entidad "AGRÍCOLA CASTELLANA SOCIEDAD COOPERATIVA LIMITADA", asistida por el Sr. Letrado D. Félix Ordoño Martínez, en fecha de trece de noviembre de dos mil catorce interpuso demanda de juicio ordinario en la que ejercitaba acciones de competencia desleal frente a las sociedades de capital "AVELINO VEGAS, S.A." y "MAKRO AUTOSERVICIO MAYORISTA, S.A.", y tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó convenientes concluía solicitando que "(...) previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se DECLARE:

1. Que la actuación de las demandadas consistente en la actual comercialización de sus vinos "Mares del Sur" y "Goleta Azul" es constitutiva de actos de competencia desleal.

Y como consecuencia de lo anterior se CONDENE a las demandadas:

1. A estar y pasar por la anterior declaración, y a cesar en la conducta desleal con prohibición de su reiteración futura.

2. A retirar del tráfico económico todos los productos, así como el material publicitario, etiquetas u otros documentos o soportes en los que figure la actual presentación de sus vinos "Mares del Sur" y "Goleta Azul".

3. A abonar a la actora, en concepto de indemnización de daños y perjuicios irrogados a la misma por la realización de actos de competencia desleal, la cantidad de 68.202, 52 euros, más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda y los judiciales desde la fecha de la sentencia.

4. A la publicación del fallo de la sentencia que recaiga en el presente procedimiento, a costa de las demandadas, en un diario de tirada nacional, utilizando el mismo tamaño de fuente que los artículos contenidos en el periódico de que se trate.



5. Se condene a las demandadas al pago de todas las costas causadas en este proceso (...).

SEGUNDO.-De la presentación de los escritos de contestación a la demanda.

Mediante decreto de dieciocho de noviembre de dos mil catorce se dispuso admitir a trámite la demanda y emplazar a las sociedades demandadas a fin que presentaran escrito de contestación a la demanda. La representación procesal de la sociedad "AVELINO VEGAS, S.A." presentó escrito de contestación a la demanda en fecha de ocho de enero de dos mil quince y la representación procesal de "MAKRO AUTOSERVICIO MAYORISTA, S.A." presentó escrito de contestación a la demanda en fecha de veinticinco de febrero de dos mil quince.

TERCERO.- Del acto de la audiencia previa.

El acto de la audiencia previa tuvo lugar en fecha de veintiocho de mayo de dos mil quince, que fue documentada en forma legal y en el que comparecieron ambas partes con la postulación procesal indicada en el encabezamiento de la presente resolución. En este acto, mediante resolución oral, se dispuso la inadmisión de la demanda reconvenional que había sido expresamente interpuesta por la representación procesal de la sociedad codemandada "AVELINO VEGAS, S.A.", no obstante haber sido previamente admitida por decreto de veintisiete de febrero de dos mil quince.

CUARTO.- Del acto del plenario.

El acto del plenario tuvo lugar en fecha de veintiséis de enero de dos mil dieciséis, en el que comparecieron todas las partes con la postulación procesal antedicha y en el que se practicaron de forma oral y contradictoria los medios de prueba que habían sido propuestos y admitidos en el acto de la audiencia previa. Finalizada la práctica de aquéllos las partes formularon oralmente conclusiones y el pleito quedó así visto para sentencia y en poder de SS^a.

QUINTO.- De las siglas utilizadas en la presente resolución.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LCD, Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

LM, Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

CC, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

(S)STS, sentencia(s) del Tribunal Supremo.

(S)SAP, sentencia(s) de Audiencia(s) Provincial(es).

STC, Sentencia del Tribunal Constitucional.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Del objeto del procedimiento y de la posición procesal de las partes.

1.1 Parte actora.

Con fundamento, entre otros, en los artículos 4, 6, 11 y 12 de la LCD, la sociedad cooperativa demandante ejercita en su escrito de demanda rectora las acciones de competencia desleal consistentes en la declaración de deslealtad, cesación del ilícito concurrencial, prohibición de su reiteración futura, remoción de los efectos producidos por la conducta presuntamente desleal y resarcimiento de los daños y perjuicios padecidos, tipificadas, respectivamente, en los apartados 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 32.1 de la LCD, e impetra la tutela jurisdiccional cuyo contenido material ha sido literalmente descrito en el antecedente fáctico primero de la presente resolución.

En síntesis, y sin perjuicio de lo que extensamente se dirá a continuación, en la tesis de la sociedad demandante, ambas sociedades codemandadas, de común acuerdo y mediante un «plan preconcebido», habrían realizado, directamente en perjuicio de la actora, una «imitación servil», idónea para generar asociación en los consumidores, de la forma empleada en la presentación utilizada en unode los vinos de su propiedad, forma que estaría amparada en la marca denominativa "NAVE SUR", clase 33ª, registrada en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEMP en lo sucesivo) con el número 2.671.381. E igualmente, dicha forma de presentación habría de comprender, según la consideración de la actora, la etiqueta empleada en la botella de vino, registrada en la OEPM como marca mixta, clase 33ª, con el número 3.108.944/5; así como la forma de la cápsula de la botella de vino, también registrada en la OEPM como marca mixta, clase 33ª, con el número 3.504.688/0. Dicha imitación habría consistido presuntamente en la creación por la sociedad "AVELINO



VEGAS, S.A." y posterior comercialización por la sociedad "MAKRO, S.A." de dos tipos de vino propiedad de aquella, portadores de las marcas registradas "Mares del Sur" y "Goleta Azul", en cuyas botellas se habría usado una forma de presentación comprensiva de las etiquetas, contra etiquetas y cápsulas que por su parecido con las empleadas por la actora impedirían a los consumidores distinguir el origen empresarial de unos y otros vinos.

La parte actora cuantifica pecuniariamente el lucro cesante de la conducta que reputa desleal en sesenta y ocho mil doscientos dos euros con cincuenta y dos céntimos de euro (68.202, 52 euros).

1.2 Partes codemandadas.

Ambas sociedades de capital codemandadas se han opuesto expresamente a la totalidad de las pretensiones materiales deducidas en su contra.

a) La sociedad de capital "AVELINO VEGAS, S.A.", en síntesis, ha opuesto en su descargo:

1. El registro de la marca mixta "Nave Sur", registrada en la OEPM, con el número 3.108.944, fue solicitada el día 3 de febrero de 2014 y constituye únicamente el intento de la actora de apropiarse en exclusiva de elementos gráficos libremente utilizados por otros.

2. El registro de la marca mixta número 3.504.688 ha sido recurrido en alzada ante la OEPM.

3. No ha existido ningún ánimo imitativo sino el objeto de obtener marcas eufónicas.

4. Desistió de la solicitud de registro, tanto nacional como comunitario, de la marca "Mares del Sur" al recibir un requerimiento de la sociedad "Viña Concha y Toro, S.A" titular de la marca comunitaria anterior "Mar del Sur", número 12.599.593, empleada para la distinción de vinos, en vigor y con uso efectivo. Como consecuencia de lo anterior procedieron a retirar del mercado la totalidad de las botellas de vino con la marca "Mares del Sur", que sólo estuvo en el mercado del día 11 de marzo de 2014 al día 14 de abril de 2014.

5. La compañía "AVELINO VEGAS, S.A." es un proveedor más de "MAKRO, S.A.", de los muchos que ésta tiene, y no ha existido conspiración alguna en perjuicio de la demandante.

6. En relación con la marca "Goleta Azul" no hay posibilidad alguna de error ni de aprovechamiento de reputación ni de asociación de titularidades. Las denominaciones son completamente distintas, tanto fonética como conceptualmente.

7. No se ha producido perjuicio alguno a la demandante.

b) Por su parte, la sociedad de capital codemandada "MAKRO AUTOSERVICIO MAYORISTA, S.A.", en síntesis, ha opuesto en su descargo:

1. En el mercado existe una multitud de vinos que evocan el mundo marino, especialmente en el caso del vino blanco, destinado habitualmente a ser maridado con pescado o marisco.

2. El vino con la marca, propiedad de la actora, "Nave Sur", fue comercializado en exclusiva por MAKRO, de tal modo que, la marca "Nave Sur" era una marca exclusiva de MAKRO y así se identificaba. En las botellas de vino de la marca "Nave Sur" la única identificación de la actora que aparece en la etiqueta posterior es la relativa a "ELABORADO Y EMBOTELLADO POR SCLAC".

3. La relación comercial entre "MAKRO, S.A." y "AVELINO VEGAS, S.A." data, al menos, del año 2001, fecha en la que "MAKRO, S.A." empezó a comercializar el vino de "AVELINO VEGAS, S.A." de la marca "FUENTESPINA".

4. La forma de presentación que utilizaba la botella de vino de la marca "Mares del Sur" difería en la mayoría de sus elementos de la forma de presentación de la botella de vino de la marca "Nave Sur" y en aquellos aspectos que coincidían, no se trataba de aspectos de la exclusiva propiedad de la demandante, sino que estaban -y están- presentes en otras botellas de vino que se comercializan por terceros en el mercado.

5. No ha existido riesgo de confusión directa ni indirecta (o riesgo de asociación), entre otros motivos, porque el consumidor de "MAKRO" es un consumidor profesional, generalmente un empresario del canal de la hostelería y restauración (HORECA). Se trata de un consumidor normalmente muy bien informado de las alternativas existentes en el mercado y del origen empresarial de los productos que adquiere.

6. Inaplicación de la Ley de Competencia Desleal al referirse el pleito a elementos exclusivos de la actora amparados por la legislación marcaria.

7. Inexistencia de aprovechamiento indebido de la reputación de la actora.

SEGUNDO.- Sobre la delimitación de las acciones ejercitadas en la presente litis.



En este segundo fundamento jurídico hemos de realizar, aunque de forma concisa, ciertas consideraciones sobre las acciones ejercitadas por la parte actora en este juicio, sin perjuicio de lo que profusamente se dirá en el siguiente fundamento jurídico respecto de la relación entre las acciones marcarias y las de competencia desleal.

De entrada hemos de recordar que en el acto de la audiencia previa, que no fue celebrado por quien ahora provee, fue inadmitida *in voce* la demanda reconvenional interpuesta por la sociedad codemandada "AVELINO VEGAS, S.A.", la cual, sin embargo, había sido previamente admitida por decreto de veintisiete de febrero de dos mil quince, que no fue recurrido por ninguna de las partes personadas en este litis. Este Juzgador comparte los razonamientos, expuestos oralmente en la audiencia previa, con arreglo a los cuales se acordó dicha inadmisión, en esencia, por la falta de conexión entre las pretensiones materiales deducidas en la demanda principal -acciones de competencia desleal- y las deducidas en la demanda reconvenional -acciones marcarias- (art. 406.1 LEC). Dicha demanda reconvenional, además de por lo expuesto, nunca debió ser admitida a trámite, dada la falta de competencia objetiva -que no territorial- de este Juzgado de lo Mercantil para conocer de las acciones marcarias. La Disposición adicional primera de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, en la redacción que entró en vigor el día 31 de julio de 2002 (que es la aplicable *ratio tempore* dado que la introducida por la Disposición Final tercera de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, no entrará en vigor hasta el día 1 de abril de 2017), remite al Título XIII de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, cuyo artículo 125.2 establece que "Será competente el Juez de Primera Instancia de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente al domicilio del demandado, pudiendo ser designado uno con carácter permanente, donde hubiere varios, por el órgano judicial competente". Precepto que ha sido aclarado por el artículo 118.2 de la nueva Ley de Patentes, que despeja las dudas que en su caso pudieran existir sobre la atribución de competencia objetiva, según el cual "Será **objetivamente** competente el Juez de lo Mercantil de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia (...)" (el énfasis en letra negrita es nuestro). Y en el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla y León la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia es la ciudad de Burgos. Y dado que estamos en presencia de una cuestión que concierne a la competencia objetiva y no a la territorial, y aun cuando no fuera recurrido en tiempo y forma aquél decreto, la falta de competencia objetiva, en la medida en que afecta al orden público, fue acertadamente apreciada de oficio en el acto de la audiencia previa, pues la falta de competencia objetiva es susceptible de ser apreciada de oficio en cualquier momento por el Tribunal y su desatención es causa de nulidad de pleno derecho no susceptible de subsanación (arts. 48.1 y 225.1º LEC).

De otra parte, a la luz del principio *iura novit curia*, en el escrito de demanda rectora sólo parecen ejercitarse las antedichas acciones de competencia desleal, que son las que se infieren del suplico de la demanda, con fundamento en la infracción de los artículos 6 y 12 de la LCD, según se afirma expresamente, entre otros pasajes de la demanda, en la página 36 de la misma, en la que la actora afirma que "(...) Entre estos comportamientos constitutivos de competencia desleal, interesa destacar, a los efectos de la presente demanda, los actos de confusión y de aprovechamiento de la reputación ajena, que sancionan los artículos 6 y 12, respectivamente, de la Ley (...)". La apreciación de oficio de la infracción de otros preceptos de la citada norma jurídica, en particular del artículo 11 de la LCD, podría dar lugar a un vicio de incongruencia *extra petita* por vulneración de los límites inherentes al citado principio *iura novit curia* (art. 218.1 LEC), fijados por el componente fáctico esencial de las acciones ejercitadas -que se nutren de los hechos alegados por la actora- y de la *causa petendi* -que es inalterable- y entrañaría, por consiguiente, la vulneración del principio de contradicción y del derecho fundamental de defensa de las codemandadas, a las que se les podría situar en una posición procesal de efectiva indefensión material constitucionalmente relevante (por todas, STS, Sala 1ª, de 6 de octubre de 1988).

Por último, a las precisiones que preceden hay que anudar que la cláusula general contenida en el artículo 4 de la LCD, precepto que también cita expresamente la actora en su demanda, constituye un ilícito con sustantividad propia que comprende conductas concurrenciales contrarias a la buena fe objetiva no catalogadas en los artículos 6 a 17 de la LCD (en la redacción dada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios). El artículo 4.1 de la LCD no se limita, por tanto, a formular un principio abstracto de proyección general concretado en los artículos siguientes de la misma Ley, sino que es en sí misma una norma completa de la que se derivan deberes jurídicos precisos aplicables a quienes se hallan en el ámbito subjetivo de la norma (art. 3 LCD). En los casos en los que, como el presente, la conducta enjuiciada se encuentra expresamente contemplada en alguno de los tipos de los artículos 5 a 18 de la LCD, en particular en los de los artículos 6 y 12, no será posible analizar dicha conducta a la luz de la cláusula general del artículo 4.1, cuyo campo propio es el de conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidas en los supuestos específicamente contemplados en la tipificación particular (STS, Sala 1ª, de 24 de noviembre de 2006). Y en este litigio, la actora no sólo ha invocado expresamente la presunta infracción de los artículos 6 y 12 de la LCD, como ilícitos



concurrenciales específicos en que fundamenta las pretensiones materiales que deduce, sino que además sí que resultan subsumible en éstos las conductas objeto de enjuiciamiento en esta litis, por lo que no podrá ser aplicado el tipo general del artículo 4.1 de la LCD (SSTS, Sala 1ª, de 23 de mayo de 2005; 11 de julio de 2006, 23 de marzo de 2007, 1 de junio y 23 de julio de 2010, entre otras).

TERCERO.- Sobre las acciones de competencia desleal y su relación con las marcarias.

Ahondando en lo que se viene de exponer, sin perjuicio de lo ya expuesto sobre la inadmisión de la demanda reconvencional que había sido interpuesta por la codemandada "AVELINO VEGAS, S.A.", debemos analizar de forma específica e independiente unos de los argumentos jurídicos de descargo alegado por la sociedad codemandada "MAKRO, S.A.", en los folios 37 a 42, ambos inclusive, de su escrito de contestación a la demanda. En la tesis de esta parte codemandada vendría inaplicable en este litigio la Ley de Competencia Desleal por cuanto debieron ser ejercitadas por la actora las correspondientes acciones marcarias, toda vez que los elementos de que se nutre la forma de presentación controvertida, comprensiva del etiquetado y de las cápsulas de las botellas de vino, son elementos amparados por los derechos marcarios exclusivos de la sociedad demandante.

Si bien este Juzgador no puede sino reconocer el loable esfuerzo argumentativo que en este punto ha realizado el escrito de contestación de la codemandada "MAKRO, S.A.", con abundante cita de doctrina y de resoluciones judiciales, este argumento de descargo no puede ser acogido favorablemente.

Lo que pretende la cooperativa actora no es sustituir la protección de la legislación marcaria con la que brinda la Ley de Competencia Desleal, sustitución que por otra parte no resultaría admisible. La relación entre la legislación marcaria y la de competencia desleal ha dado lugar a diferentes interpretaciones en la doctrina y en la jurisprudencia. Aunque alguna de esas interpretaciones ha acogido la tesis de que la protección que ofrece la competencia desleal duplica la que ofrece la legislación marcaria, que es precisamente la interpretación impugnada por los autores que cita el escrito de contestación de "MAKRO, S.A.", este Magistrado comparte el criterio seguido de forma constante por la Sección 15ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona (véase, por todas, SAP Barcelona, Secc. 15ª, núm. 97/2011, de 10 de marzo; ponente Ilmo. Sr. Magistrado Presidente D. Juan-Francisco Garnica Martín; núm. de recurso 463/2010; Roj: SAP B 11439/2011 - ECLI: ES: APB: 2011:11439), criterio que podemos enunciar como sigue: cada una de esas regulaciones obedece a una finalidad diversa y la Ley de Competencia Desleal cumple una finalidad integradora o complementaria de la protección que ofrece la Ley de Marcas, porque actúa allí donde no alcanza ésta, bien porque no exista un derecho de exclusiva o bien más allá de sus límites objetivos.

Si lo que la actora hubiera cuestionado al amparo de la normativa de la competencia desleal fuera la simple utilización por las codemandadas de los signos que tiene registrados, tal pretensión sería inadmisibles, porque el registro de un signo atribuye a su titular no solo el derecho de usarlo (art. 34 LC), sino incluso la obligación de usarlo (art. 39 LM), para impedir que caduque. La cuestión está en que lo que se cuestiona no es propiamente el uso sino la forma en la que se utiliza. No es aquello sino esto último lo que la actora reputa desleal. Por consiguiente, la tutela jurisdiccional impetrada por la actora no la podía conseguir a través de la legislación de marcas, porque está fuera de los límites objetivos del ámbito de protección del derecho de exclusiva que concede el registro de los signos. De manera que es preciso adentrarse en el examen de la forma (en rigor la apariencia general del diseño en su conjunto considerado) en la que tales signos (etiquetas y cápsulas) parecen haber sido presuntamente usados por las codemandadas, para determinar si con ella se pretende por la actora un fin que cumpla una doble exigencia: no resultar tutelado por la legislación marcaria y que conculque los derechos que tutela la Ley de Competencia Desleal.

El derecho de uso que la legislación marcaria concede al titular de un signo inscrito se limita al derecho a usarlo en la forma en que lo tiene registrado. La tutela que la Ley de Marcas brinda a marcas denominativas no se extiende a una concreta forma sino que se limita a la denominación. Aunque, si lo que se quiere es tutelar el derecho a una concreta forma de uso, existe la posibilidad de registrar marcas figurativas o mixtas. Por consiguiente, el hecho de tener registrada una marca denominativa no atribuye a su titular derecho para usarla de la forma en que estime conveniente, porque con ello puede entrar en colisión con los derechos que atribuyen otros signos igualmente registrados o incluso no registrados. De manera que tener registrado un signo denominativo no justifica cualquier uso que con él se pueda efectuar. Será preciso examinar si ese uso, más allá de lo que es objeto de protección o está legitimado por la Ley de Marcas, respeta otros derechos, y en este sentido es donde la protección que brinda la Ley de Competencia Desleal ofrece a los sujetos que participan en el mercado un plus de protección sobre la que concede la legislación marcaria. Es a ello precisamente, a ese ámbito de protección, al que se refiere la demanda, de manera que será preciso examinar con detalle si se cumplen los presupuestos que tal protección exige.



Sentado lo anterior no cabe sino obtener la siguiente conclusión: los actos que la actora atribuye a las codemandadas no pueden considerarse absolutamente inmunes a las acciones de competencia desleal por tener amparo en el ejercicio de un derecho legítimo, y otra interpretación no sólo impediría entrar a resolver sobre el fondo del asunto sino que sería constitutiva de una interpretación desproporcionadamente rigurosa sobre la incompatibilidad entre las acciones marcarias y las de competencia desleal que además sería incompatible con una interpretación constitucionalmente conforme con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en sus vertientes de acceder a la jurisdicción y obtener una resolución judicial en cuanto al fondo del asunto fundada en Derecho (STC, Sala 1ª, núm. 102/1984, de 12 de noviembre; ROJ: STC 102/1984 - ECLI:ES:TC:1984:102).

CUARTO.- Sobre los actos de confusión invocados por la sociedad demandante.

El artículo 6 de la LCD, que es uno de los preceptos que la actora afirma infringidos, tiene su antecedente en el artículo 10.bis.1 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 20 de marzo de 1883 (también conocido como «Convenio de la Unión de París»), y cumple la función de defender el buen funcionamiento competitivo mediante la represión de conductas que sean aptas para eliminar o reducir la autonomía del consumidor, colocado en la posición de tener que responder a las ofertas que recibe con una voluntad viciada por confusión -estricta y amplia-, esto es, por un error sobre la procedencia empresarial de los productos ofertados (SSTS, Sala 1ª, 19 de mayo de 2008 y 30 de junio de 2009).

De acuerdo con lo normado por el artículo 6 de la LCD, se considera desleal todo comportamiento que pueda considerarse idóneo para generar confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.

La finalidad que se persigue con este ilícito concurrencial no está tanto en la protección de las empresas cuanto en proteger a los consumidores (entendidos en un sentido amplio que también comprendería a profesionales, esto es, a los clientes) en su toma de decisiones en la economía de mercado. De manera que no todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión encuentra protección en esta norma sino exclusivamente cuando la confusión recae sobre el origen de la prestación.

El acto de confusión se compone de dos elementos: una acción desleal y un resultado que se quiere evitar. La acción desleal está descrita en el artículo 6 de la LCD como "todo comportamiento idóneo para crear confusión en el consumidor acerca de la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos", lo que se puede hacer a través de la imitación o copia de la presentación de los signos de un competidor. El resultado es el riesgo de confusión, tanto directo como indirecto (o riesgo de asociación), siendo necesario destacar que no es preciso que se produzca una confusión real y efectiva sino que basta con la idoneidad objetiva de la conducta enjuiciada para provocarla.

Comenzaremos por el análisis de los actos presuntamente desleales que se imputan a las sociedades codemandadas y a continuación formularemos nuestro juicio sobre el resultado, esto es, sobre el riesgo de confusión.

Lo que sostiene la actora en su demanda, en esencia, es que las sociedades codemandadas habrían inducido -con el vino de la marca "Mares del Sur"- y seguirían aún hoy induciendo -con el vino de la marca "Goleta Azul"- al consumidor a confusión entre los vinos propiedad de la demandada "AVELINO VEGAS, S.A." y los de la actora como consecuencia de la forma en que se utilizan los referidos signos en sus botellas de vino, por las siguientes circunstancias:

1ª. La presentación empleada por la demandada "AVELINO VEGAS, S.A." en sus vinos "Mares del Sur" y "Goleta Azul" contenían respecto del primero y contienen respecto del segundo, las mismas características y elementos que los de la actora.

2ª. Las coincidencias consistirían en las siguientes: a) Las tres botellas utilizan motivos marinos o evocadores de ese ámbito. Tanto "nave" como "mares" son términos propios del mundo marino. Lo mismo sucedería con los elementos gráficos de las etiquetas y cápsulas de las botellas. b) Coincidencia fonética de la palabra "Sur" entre el vino de la marca "Nave Sur" y el vino de la marca "Mares del Sur". c) Igual colocación o disposición en la botella de los elementos denominativos "Mares del Sur" y "Goleta Azul". d) El color de las etiquetas es blanco o azul. e) Utilización de un ojo de buey en la etiqueta del vino de la marca "Mares del Sur". f) La cápsula de las botellas está compuesta por bandas azules y blancas, dispuestas de forma horizontal.

A estas circunstancias la cooperativa actora añade la presunta concurrencia de los siguientes «factores»: a) Se trataría del mismo producto b) Un mismo canal de distribución. c) Los vinos de la actora y de la compañía "AVELINO VEGAS, S.A." pertenecen a la misma Denominación de Origen Rueda. d) Los vinos concernidos nada tienen que ver con el ámbito marítimo. e) Idéntico precio de ambos productos.



En otro orden de cosas, la sociedad actora fundamenta el dolo y/o la culpa, que presuntamente habrían orientado la voluntad de las partes codemandadas, en el hecho de que la demandante y la compañía "AVELINO VEGAS, S.A." pertenezcan a la misma denominación de origen así como en el «perfecto» conocimiento recíproco que cada una de ellas tendría respecto de la otra. La confusión, expresamente buscada por las codemandadas por medio de la aproximación a la forma de presentación de los vinos de la actora, que afirma ser una empresa de prestigio en el mercado de los vinos, no habría respondido a una razón objetiva, casual o fortuita, sino que habría sido buscada con la única finalidad de lograr una competencia confusoria claramente desleal.

Sentado cuanto precede, como punto de partida es preciso indicar que los actos relevantes desde la perspectiva del ilícito concurrencial del artículo 6 de la LCD, aunque puedan incluir el uso de los signos, no se limitan a ellos, al contrario de lo que ocurre con las violaciones marcarias. La perspectiva desde la que aquí deben ser contemplados los actos relevantes no es la que ofrecen los signos enfrentados sino la de la forma de presentación de los signos en las botellas de vino que la actora y la sociedad "AVELINO VEGAS, S.A.", como sociedades competidoras, ofrecen a los consumidores. Y si el empleo de signos próximos entre sí puede ser relevante no es más que una circunstancia más a tomar en consideración. La confusión habrá que juzgarla en relación con la forma de presentación de productos, no exclusivamente entre los signos.

Para resolver la cuestión controvertida no es relevante tanto lo que resulte del registro de los signos como del uso de los mismos que los competidores hayan venido haciendo en el mercado, pues no puede perderse de vista que no se está ante una acción marcaria sino de competencia desleal. De manera que lo relevante no es la forma que resulte protegida por el registro, salvo para justificar un concreto uso del signo, sino la forma en que los signos se hayan venido usando. Y tampoco es relevante si el signo usado por la demandada "AVELINO VEGAS, S.A." se encuentra o no registrado, atendido que el registro no constituye un requisito legitimador del uso del signo sino exclusivamente un presupuesto para reivindicar un derecho de exclusiva sobre su uso. Y, por esa misma razón, el uso de una marca denominativa no tiene por qué hacerse de una forma concreta y predeterminada sino que su titular es libre de usarla como quiera, con tal de que no invada los derechos atribuidos por otros signos o bien los derechos atribuidos por una legislación distinta y complementaria de la protección que ofrece la normativa marcaria, como es la de competencia desleal.

Por consiguiente, en abstracto, podría existir deslealtad si se acredita que las compañías codemandadas han buscado, con la forma en la que se han usado los signos contenidos en las etiquetas y en las cápsulas de los vinos propiedad de "AVELINO VEGAS, S.A.", aproximarse tanto a como los venía usando la actora que han conseguido que el consumidor de los mismos pueda confundir los productos de ambas partes.

Para que los actos sean desleales es requisito necesario que sean susceptibles de inducir a confusión al consumidor. La existencia de riesgo de confusión debe determinarse a partir de las concretas circunstancias del caso y no es equivalente al que se produce entre las marcas. En el sistema de marcas, el riesgo de confusión tiene carácter normativo, esto es, que para determinar su existencia es preciso limitarse a la comparación entre signos, teniendo en cuenta su similitud gráfica, fonética y conceptual, así como los límites establecidos por la propia LM. En el ámbito de la competencia desleal, el riesgo de confusión tiene un carácter eminentemente práctico y el examen comparativo debe hacerse tomando en consideración todas las circunstancias concurrentes en la presentación de los productos que sean susceptibles de inducir a confusión al consumidor sobre el origen empresarial de los mismos.

Y un segundo factor que debe ser tomado en cuenta para juzgar la confusión en el ámbito de la competencia desleal es el destinatario de los productos o servicios confrontados. Se deberá tener en cuenta la perspectiva de un consumidor medio de los productos, que como hemos dicho *supra*, incluye también a los profesionales, entendidos éstos como toda persona física o jurídica que actúe en el mercado dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada.

Tomando en consideración todo lo que se viene de exponer, no ha resultado probado, al menos en términos elementales de suficiencia probatoria, que la sociedad demandada "AVELINO VEGAS, S.A.", ni por sí sola ni con la presunta cooperación de la también demandada "MAKRO, S.A.", haya realizado actos que puedan ser reputados desleales por ser susceptibles de inducir a confusión. Esto es, no ha resultado probado que ninguna de las dos compañías demandadas haya incurrido en ninguno de los injustos concurrenciales típicos cuya declaración judicial venía interesando la cooperativa actora en este juicio. La forma de presentación empleada por la sociedad "AVELINO VEGAS, S.A." en los vinos portadores de las marcas de su propiedad "Mares del Sur" -que lo fue- y "Goleta Azul", forma de presentación que como hemos indicado comprende unas concretas etiquetas, contra etiquetas y cápsulas, no puede estimarse objetivamente idónea para viciar por confusión la voluntad del adquirente de tales vinos respecto de la procedencia de tales productos. Es decir, no se ha producido riesgo de confusión directa ni indirecta (o riesgo de asociación).



Es un dato fácticodecisivo para la resolución de esta controversia, que es un hecho probado y reconocido por las tres partes en litigio, el singular perfil que presentaba el adquirente de los vinos en litigio "Nave Sur" y "Mares del Sur", dado que éstos no se distribuían ni se vendían en todo tipo de establecimientos comerciales abiertos al público, sino única y exclusivamente a través de la empresa mayorista "MAKRO, S.A.", y los productos que ésta comercializa sólo pueden ser adquiridos por quienes ostentan la condición de profesionales y además obtienen previamente la tarjeta de dicha empresa. Es más, determinados centros comerciales de "MAKRO, S.A." están dirigidos exclusivamente a clientes de hostelería, restauración y detallistas de alimentación y en tales centros la emisión de la referida tarjeta está condicionada, además, a que el negocio del profesional instante pertenezca a algunas de estas específicas actividades. En el caso que nos ocupa, si bien no existe esta última restricción en el centro comercial que "MAKRO, S.A." tiene en la ciudad de Valladolid, que es al que se refiere esta litis y al que acudió D. Cayetano en fechas de veintisiete de marzo y siete de mayo de dos mil catorce para la posterior formalización de sendas actas notariales de manifestaciones (documentos 18 y 19 de la demanda, respectivamente), a este centro de "MAKRO, S.A." sito en la ciudad de Valladolid, en todo caso, sólo pueden acceder profesionales. Por consiguiente, el destinatario final del producto que nos ocupa, el vino de la marca "Nave Sur", en ningún caso era el consumidor medio, sino un profesional al que se le presume un mayor nivel de información y de capacidad de distinción de los productos que adquiere para su negocio, dentro del conjunto general de alternativas existentes en ese sector de la economía de mercado, y en su toma de decisiones valoraprimordialmenteparámetros como el precio y la calidad del producto, siempre guiado teleológicamente por la maximización de beneficios, siendo un aspecto secundario en el juicio adquisitivo del profesional la estética o a la apariencia de la botella de vino que compra, dado que lo que el profesional adquirente principalmente oferta al cliente final de hostelería es el producto en sí mismo considerado y no su continente. En definitiva, no estamos en presencia del «consumidor medio final», como ha sostenido la actora a lo largo de todo el devenir rituario de la causa (a título ejemplificativo véase la página 17 del escrito de demanda), sino ante un profesional que sabe qué concreto producto quiere adquirir, cuál es su calidad y a qué precio. En otras palabras, en esta controversia el consumidor medio no es el destinatario final del vino sino los profesionales que acuden a los centros comerciales de "MAKRO, S.A." para adquirir las botellas de vino, dado que es un hecho no controvertido en este litigio que hasta el día 28 de febrero de 2014, la compañía "MAKRO, S.A." comercializó en exclusiva para el mercado estatal el vino de la marca "Nave Sur" con arreglo a un acuerdo verbal alcanzado con la actora. Por consiguiente, podemos presumir que se trata y se trataba de un adquirente conocedor del concreto vino que adquiriría y que necesariamente estaba familiarizado con el vino en general y con ese tipo de vino en particular. En este mismo orden de cosas, resulta acertada la distinción que en este punto realiza el escrito de contestación a la demanda presentado por "MAKRO, S.A." (página 52) entre marca de fabricante y marca de distribuidor, toda vez que durante el tiempo en que el vino de la marca "Nave Sur" fue comercializado en exclusiva por "MAKRO, S.A.", al menos para el mercado estatal, dicho vino, por los motivos expuestos, reunía en términos sustanciales las características propias de una marca de distribuidor y por lo tanto, no cabe descartar racionalmente que su titularidad hubiera podido llegar a ser asociada con el propio distribuidor, es decir, con la demandada "MAKRO, S.A.". En cada una de las modalidades de los tres vinos concernidos -"Nave Sur", "Mares del Sur" y "Goleta Azul"- se hace constar la identificación del origen empresarial de cada uno de ellos, pues en el primero se hace constar "ELABORADO Y EMBOTELLADO POR SCLAC" mientras que en los dos últimos se hace constar "ELABORADO Y EMBOTELLADO POR / BOTTLED BY A.V.S.A.". Es decir, que en sendos casos consta la identificación del origen empresarial de los vinos si bien dicha identificación está constreñida al acrónimo de su denominación societaria.

Por lo que al examen fáctico comparativo se refiere, de la apreciación visual directa de las botellas objeto de este juicio, que además fueron objeto de reconocimiento judicial en el plenario, desde la perspectiva de un profesional, no cabe sino concluir que la similitud entre la forma de presentación de las dos modalidades de las botellas de vino con marca "Nave Sur" y la forma de presentación de las dos modalidades de las botellas de vino con marca "Mares del Sur" -hoy ya retiradas del mercado-, resultaba difícilmente apreciable; en tanto que esta similitud es absolutamente inexistente entre la forma de presentación de las botellas de vino de la marca "Nave Sur" y la forma de presentación de las botellas de vino de la marca "Goleta Azul".

De la percepción directa e inmediata de las dos modalidades de las botellas de vino con marca "Nave Sur" y de las dos modalidades de las botellas de vino con marca "Mares del Sur", que fueron aportadas a la causa a instancia de la actora bajo la rúbrica de "muestras físicas", obtenemos, a la luz de la sana crítica (STS, Sala 1ª, núm. 860/1999, de 23 de octubre, FJ 2º), el siguiente examen comparativo:

Caracterización cromática de la etiqueta frontal.

Caracterización cromática de la cápsula.

Caracterización del elemento "ojo de buey" en la etiqueta frontal.

Altura de la botella.

Imagen en la etiqueta posterior interior.

Imagen de la etiqueta posterior exterior.

Imagen inferior de la etiqueta frontal.

Posición de la marca en la cápsula.

Posición y tipo de grafía de la marca en la etiqueta frontal.

Leyenda en la etiqueta frontal.

Leyenda secundaria en la etiqueta frontal.

Alineación de la marca en la etiqueta posterior.

Descripción del vino en la etiqueta posterior exterior en la variedad *verdejo viura*.

Descripción del vino en la etiqueta posterior exterior en la variedad verdejo 100%.

Botella de vino blanco de la marca "Nave Sur"

Combinación de los colores blanco y azul. Tono preponderante de fondo: azul oscuro.

Franjas horizontales de color blanco y azul ligeramente oscurecido.

Ojo de buey en posición algo inferior a la de "Mares del Sur" y de mayor tamaño que el de éste.

Barco velero.

No hay.

Ninguna.

Altura central.

En una misma línea y con trazo grueso.

"A 15 cm. de esta botella y mirando a través del ojo de buey podrás observar en la lejanía un barco denominado Nave Sur. Este Navío de 75 m. de eslora surcó los mares del sur en busca de nuevos aromas. Hoy da nombre a nuestro singular y delicado vino".

"Los ojos de buey son orificios circulares practicados en las mamparas exteriores de los barcos para proveer de ventilación e iluminación a los alojamientos interiores".

Centrada.

"Este vino ha sido elaborado a partir de una cuidada mezcla de uvas de las variedades Verdejo y Viura, vendimiadas en su justo punto de madurez. Su aroma delicadamente afrutado y fresco lo hace recomendable para toda clase de pescado, marisco y carnes blancas. Temperatura recomendada entre 6-8 °C".

"Vino ligero y delicado, elaborado íntegramente con uvas seleccionadas de la variedad Verdejo. Color dorado con reflejos acerados. Aromático, afrutado y suave, con gran estructura y complejidad en boca lograda gracias al removido diario de lías durante su elaboración. Maridaje: Carnes blancas, ensaladas y atún".

Botella de vino blanco de la marca "Mares del Sur"

Combinación de los colores blanco y azul. Tono preponderante de fondo: azul claro.

Franjas horizontales de color blanco y azul ligeramente claro.

Ojo de buey de menor tamaño circundado por una brújula.

"Mares del Sur" es ligeramente más alta que "Nave Sur".

Rosa de los vientos grande

Rosa de los vientos pequeña.

Barco velero que surca un mar con olas de color azul en distintas franjas cromáticas.

Parte superior.

En dos alturas y con trazo fino.

"SUR es el rumbo que tomaron las naves españolas que se dirigieron a explorar el nuevo mundo. En RUEDA queremos conquistar los paladares más exigentes con este vino".



Ninguna.

Justificada.

"Vino blanco elaborado a partir de las mejores uvas de las variedades verdejo y viura, de color amarillo pálido. Aromas de frutas tropicales e hinojo. En boca es amable, fresco y vivo. Recomendado con mariscos y pescados. Es un excelente aperitivo. Servir a 7º C".

"Vino blanco elaborado a partir de las mejores uvas de las variedades verdejo 100%. De color amarillo verdoso muy intenso. Notas de frutas tropicales se combinan con aromas de manzana verde. En boca es fresco y muy afrutado. Recomendado con marisco y pescados. Servir a 7º C".

Por otra parte, siempre teniendo muy presente que estamos en un procedimiento en el que se ejercitan acciones de competencia desleal y no acciones marcarias, a estos solos efectos este Juzgador no constata que cediera la fiabilidad del testimonio del representante legal de la demandada "AVELINO VEGAS, S.A." (min. 9:59:22 a 10:21:43), D. Pio , cuando afirmó en el plenario que fue él quien personalmente, a finales del año 2013, ideó el diseño y la presentación de la botella que habría de contener el vino de su propiedad "Mares del Sur", para lo que se inspiró, además de en distintas botellas de similares características que ya estaban en el mercado, como "Mar de Frades" y "Barbadillo", en una exposición que tuvo lugar en la ciudad de Sevilla relativa al descubrimiento del océano Pacífico por el conquistador español Vasco Núñez de Balboa el día 25 de septiembre de 1513, que fue quien bautizó a dicho océano como "Mar del Sur", nombre en el que empleó expresamente el punto cardinal "Sur" por la relación que dicho "mar" tenía respecto del mar Caribe. En este punto resulta jurídicamente reprochable que la actora pretenda impedir judicialmente a un competidor directo en el mercado que pueda emplear en el diseño de una etiqueta de vino el vocablo "Sur", no sólo porque estamos ante un vocablo genérico no susceptible de ser adquirido en exclusiva sino porque tal pretensión resulta incompatible con la libre iniciativa empresarial en el marco de la economía de mercado en que nos hallamos, toda vez que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley. En igual orden de cosas, es un hecho notorio y como tal exento de prueba, ex artículo 281.4 de la LEC, que el vino blanco es de ordinario utilizado en los usos gastronómicos, tanto actuales como pretéritos, para ser tomado preferentemente con pescado y marisco, motivo por el que es de todo punto lógico que el diseño de las botellas de vino blanco se vincule con motivos marítimos, vinculación o asociación de la que no puede pretender apropiarse en exclusiva la sociedad demandante.

Otra circunstancia de orden fáctico que también debe ser tomada en consideración es la relativa al motivo por el que la compañía "AVELINO VEGAS, S.A." retiró del mercado el vino de la marca "Mares del Sur" y consiguientemente también "MAKRO, S.A.". Y dicho motivo no fue en ningún caso el requerimiento realizado por la actora, argumento de cargo eminentemente interesado que ha sido plenamente neutralizado en este juicio, sino por el requerimiento realizado por despacho de abogados londinense "MARKS&CLERK LLP, Patent and Trade Mark Attorneys", que en fecha de 14 de abril de 2014 ponía en conocimiento del despacho de abogados español "RAMOS ARANA ABOGADOS, S.L.", que su representada "VIÑA CONCHA Y TORO, S.A." era propietaria de la marca "Mar del Sur" para vinos y vinos espumosos, en la clase 33ª, motivo por el que habría de formular oposición al registro de la marca a nivel internacional. Así se infiere del documento número 3 del escrito de contestación a la demanda presentado por la demandada "AVELINO VEGAS, S.A." y del documento número 8 del escrito de contestación a la demanda presentado por la demandada "MAKRO, S.A.", documentos cuya autenticidad no fue impugnada en el momento procesal pertinente por la actora y hacen prueba plena en este juicio de los hechos que documenta, ex artículos 319.1 y 326.1 de la LEC. Por esta razón no parece compatible con los más elementales cánones de la buena fe en sentido objetivo que la demandante "agradeciera" a "MAKRO, S.A." la retirada del mercado del vino de la marca "Mares del Sur" sin exigir compensación indemnizatoria alguna, y posteriormente procediera a reclamar judicialmente a las codemandadas una suma de dinero en concepto de lucro cesante, habida cuenta que dicho comportamiento, tanto empresarial como procesal, parece conculcar sus propios actos. La voluntad manifestada por la actora en el correo electrónico, que aparece suscrito por Pedro Enrique , enviado a Tatiana a las 9:54 horas del día 23 de mayo de 2014, creó extrajudicialmente una apariencia jurídica con la que generó una vinculación de la que ulteriormente pretende desprenderse en sede judicial (arts. 1.4 y 7.1 CC; STS, Sala 1ª, 30 de marzo de 1999). Así se deriva del documento número 23 del escrito de contestación a la demanda presentado por la demandada "MAKRO, S.A.", en el que se reproduce el antedicho correo electrónico y del que conviene reproducir aquí los siguientes pasajes: (...) Antes de nada queremos agradecer la retirada del mercado de los vinos con marca Mares del Sur, lo cual dificultaba un normal acuerdo de colaboración entre ambas partes. Una vez superado este problema queremos manifestaros nuestra disposición para continuar la relación comercial que nos ha unido tantos años, y poder volver a suministraros marcas como Cuatro Rayas o cualquier otra que estiméis oportuna de cara al futuro (...). E igualmente tampoco parece compatible con la buena fe y con la



vinculación a sus actos propios el hecho de que la sociedad cooperativa demandante registrara formalmente su escrito de demanda en fecha de 13 de noviembre de 2014 y tan solo tres días antes, a las 23:10 horas del día 10 de noviembre de 2014, quien suscribe en nombre de la actora como " Diana " (« DIRECCION000 ») enviara un correo electrónico a " Violeta ", del grupo empresarial "METRO", al que pertenece la codemandada "MAKRO, S.A.", en el que aquélla "animaba" a ésta a "reconsiderar la opción de mantener Nave Sur en su cartera de productos (... *I would like to encourage you to reconsider the option of maintaining Nave Sur on your portfolio...*). Este correo electrónico y su traducción obran al documento núm. 38 del escrito de contestación a la demanda de "MAKRO", que fue presentado y admitido en el acto de la audiencia previa, y del mismo cabe destacar además la consideración que la actora realiza respecto del hecho de que la demandada "AVELINO VEGAS, S.A." fuera la proveedora del grupo empresarial "SLIGRO FOOD GROUP", con cita expresa de los vinos de aquélla "Arco de la Vega verdejo", "Arco de la Vega red", "Fuentespina red", "Fuentespina verdejo" y "Fuentespina sauvignon".

Otra circunstancia coadyuvante a la fundamentación de nuestro juicio de inferencia es el escaso tiempo que las dos modalidades del vino blanco de la marca "Mares del Sur" estuvieron públicamente y de modo efectivo en el mercado, un total de treinta y seis días naturales, del 11 de marzo al 14 de abril de 2014, ambos inclusive; un lapso temporal que resulta de todo punto insuficiente para amparar el pretendido riesgo de confusión y perjuicio patrimonial invocados por la sociedad demandante.

Por lo que respecta al examen comparativo entre el diseño de las botellas de vino de la marca "Nave Sur" y el que presenta la botella de vino de la marca "Goleta Azul", en las dos modalidades de ambas, como antes anticipábamos, el riesgo de confusión entre ambas formas de presentación es, sin necesidad de ningún esfuerzo de análisis probatorio, inexistente en términos absolutos. A lo anteriormente expuesto con ocasión del examen comparativo entre los diseños de "Nave Sur" y "Mares del Sur", basta añadir que a nivel fonético no existe ninguna coincidencia, el diseño de la botella de vino "Goleta Azul" prescinde del elemento gráfico del ojo de buey y en el lugar de este se ubica la representación de una "rosa de los vientos", se incrementa el tamaño del velero que surca el mar en la parte inferior de la etiqueta frontal y se opta por una fuente o tipo de letra más estilizado.

A todo lo expuesto hay que anudar, por lo que respecta a la presunta cooperación de la demandada "MAKRO, S.A." en los ilícitos concurrenciales invocados por la actora, que ésta no ha probado cuál ha sido el concreto acto efectuado por aquélla sin el cual la conducta presuntamente desleal no habría tenido lugar; y en particular no ha resultado probado a instancia de la actora, cuando a ésta la incumbía la carga de la prueba ex artículo 217.2 de la LEC, que "MAKRO, S.A." participara de modo alguno en la ideación intelectual o en la realización material de la forma de presentación utilizada en las botellas de vino "Mares del Sur" y "Goleta Azul" propiedad de la demandada "AVELINO VEGAS, S.A.". Ésta no es más que uno de los muchos proveedores con los que trabaja la demandada "MAKRO, S.A." sin que de dicha relación comercial, por sí misma considerada y a falta de ser probado de modo suficiente en este juicio, pueda colegirse ninguna conspiración en perjuicio de la actora ni la existencia de instrucciones o directrices, directas o indirectas, de "AVELINO VEGAS, S.A." sobre "MAKRO, S.A." para que ésta dejara de comercializar el vino "Nave Sur". Sobre este aspecto fueron categóricos tanto el Sr. Pio (min. 10:04:47) cuanto los testigos D^a. Tatiana (min. 12:01:22 y ss.) y D. Jose Ignacio (min. 12:15:30), que de forma sustancialmente coincidente afirmaron en el plenario, de modo coherente y sin fisuras, que "MAKRO, S.A." no interviene en la configuración de los diseños empleados en las botellas de vino que comercializa, sin perjuicio de que pueda indicar a sus distintos proveedores sus preferencias o pautas sobre el tipo de vino y sobre los diseños que le son presentados. Y en el caso particular del vino "Mares del Sur", "MAKRO, S.A." no indicó a la sociedad "AVELINO VEGAS, S.A." que diseñara de modo específico una presentación de un vino blanco que portara motivos marítimos. En resumen, cada proveedor presenta libremente sus propuestas a "MAKRO, S.A." y está ulteriormente adoptada las decisiones empresariales que estima pertinentes.

En conclusión, desde la perspectiva de un profesional, que es desde la que debe efectuarse el examen del riesgo de confusión en nuestro caso, de la impresión general o global de los diseños de las botellas concernidas, la conclusión a la que llegamos es que el mismo no existe, de manera que no pueden prosperar las acciones de competencia desleal que se fundan en el artículo de la 6 LCD.

QUINTO.-De las acciones relativas al aprovechamiento indebido de la reputación ajena, resarcimiento del lucro cesante y de la publicación de la sentencia.

El artículo 12 LCD regula el aprovechamiento indebido de la reputación ajena como acto desleal que se define básicamente por su resultado, a diferencia de lo que ocurre con el resto de supuestos previstos en dicha ley. Establece dicho precepto que "(s)e considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas



acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como modelo, sistema, tipo, clase y similares".

Como nos enseña la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 211/2007, de 20 de abril, FJ 6º (ponente Excmo. Sr. Magistrado D. Ignacio Sancho Gargallo; ROJ: SAP B 4822/2007 - ECLI: ES: APB: 2007:4822) "El artículo 12 de la Ley 3/1991 trata de proteger, además del mercado, al competidor que ha logrado reputación industrial, comercial o profesional, y tipifica como desleal cualquier comportamiento adecuado para producir como resultado el aprovechamiento de las ventajas que la misma proporciona. Aunque la acción puede ser de cualquier tipo, con tal que tenga aptitud para producir aquél efecto, que la cualifica y define, normalmente consistirá en el empleo de signos distintivos ajenos, notorios o implantados en el mercado y, además, con buena fama o reputación o prestigio. Pero, en cualquier caso, la acción no se refiere a la imitación de las prestaciones, amparadas en su caso por el art. 11 LCD, sino como en el caso del art. 6 LCD a la forma de presentación de las prestaciones que induzca a asociarla a un origen empresarial bien reputado en el mercado, con idea de aprovecharse de las ventajas de tal reputación".

Los actos de los que presuntamente se derivaría este ilícito concurrencial no aparecen en la demanda especialmente diferenciados, de donde debe deducirse que son los mismos que se han tomado en consideración al examinar el ilícito concurrencial del artículo 6 de la LCD, que ya han sido profusamente analizados en el fundamento jurídico inmediatamente anterior.

La protección que ofrece el artículo 12 de la LCD no exige, en todo caso, la utilización de signos ajenos. El apartado 2º, referido a la utilización de signos ajenos, regula un supuesto particular pero no constituye regla general. Y tampoco duplica la protección que ofrece la legislación marcaria, como antes se examinó.

Por otra parte, la protección que el artículo 12 de la LCD ofrece no se identifica con la del artículo 6 de la LCD. Aunque no resulte tarea fácil deslindar el ámbito de aplicación de uno y otro, que no concurra riesgo de confusión entre los productos o prestaciones no permite excluir de forma definitiva la existencia de otras conductas que puedan suponer un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, si bien ello es difícil que pueda ocurrir cuando la causa que justifique los actos de confusión resulte prácticamente imposible de distinguir de la invocada respecto de los actos de aprovechamiento indebido de la reputación, como sucede en nuestro caso.

Los requisitos necesarios para que exista este ilícito concurrencial son los siguientes: a) El prestigio o reputación de un tercero. b) La realización de un comportamiento apto para lograr un aprovechamiento o ventaja de la reputación de ese tercero. c) Que el aprovechamiento sea indebido.

Sentado lo anterior, la sociedad demandante no ha probado cuál es la reputación cuya protección pretende ni cuáles han sido las concretas ventajas derivadas de esa reputación de las que presuntamente se habrían aprovechado las codemandadas de forma indebida, es decir, sin cobertura legal o contractual. Los actos que la actora atribuye a las codemandadas no constituyen un comportamiento apto para lograr indebidamente un aprovechamiento o ventaja de la reputación que en su caso tengan los vinos de la actora en el mercado. Ya hemos razonado profusamente que esos actos no son objetivamente aptos para que el profesional que acudía a "MAKRO, S.A." para adquirir los vinos concernidos pudiera confundir los vinos de la sociedad actora y los de la sociedad codemandada "AVELINO VEGAS, S.A." induciéndole a error sobre su origen empresarial. Por consiguiente, esos actos no pueden tampoco considerarse aptos para lograr que un competidor se aproveche indebidamente de la buena reputación de otro. Ciñéndonos a la pretendida reputación del vino de la marca "Nave Sur", son hechos probados en este juicio que dicho vino fue clasificado en "MAKRO, S.A." como de nivel medio y que el descenso de su calidad fue constatado por diversos departamentos de "MAKRO, S.A.", como se desprende del documento número diecisiete del escrito de contestación a la demanda presentado por "MAKRO, S.A.", cuya autenticidad tampoco ha sido cuestionada de contrario.

Por último y como consecuencia de lo que se viene de exponer, dado que los actos que la actora atribuye a las codemandadas no son constitutivos de ninguno de los ilícitos concurrenciales que aquélla invocaba, de los mismos tampoco puede hacerse derivar ningún lucro cesante ni la publicación de esta sentencia, motivo por el cual deviene inútil entrar a analizar estas dos últimas acciones de competencia desleal, tipificadas respectivamente en los artículos 32.1.5º y 32.2 de la LCD, que la actora había ejercitado también de modo conjunto con las ya analizadas, las cuales han de correr igual suerte desestimatoria que las anteriores.

SEXTO.-De las costas procesales de este juicio.

Por lo que se refiere al capítulo de las costas procesales de este juicio, procediendo la íntegra desestimación de la totalidad de las pretensiones materiales deducidas en la demanda, procede imponer las costas procesales de este procedimiento a la sociedad demandante, de acuerdo con el criterio objetivo general del vencimiento que establece en el artículo 394.1 de la LEC.



III.- FALLO.

DESESTIMO en su integridad las pretensiones materiales deducidas en el escrito de demanda presentado por el Sr. Procurador de los Tribunales D. Alfonso Bartolomé Núñez, en nombre y representación de la entidad "AGRÍCOLA CASTELLANA SOCIEDAD COOPERATIVA LIMITADA", asistida por el Sr. Letrado D. Félix Ordoño Martínez; y en consecuencia, las costas procesales de este juicio se imponen expresamente a la parte demandante del mismo.

Notifíquese la presente resolución haciéndose saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer por quien acredite interés legítimo recurso de apelación sin efectos suspensivos en este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Segovia en el plazo de veinte días hábiles, previa constitución y abono del depósito y de las tasas que en su caso resulten legalmente exigibles.

Así, por esta mi sentencia, de la que se llevará certificación al procedimiento de su razón, juzgando definitivamente en la primera instancia de la jurisdicción civil, lo pronuncio, mando y firmo.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la ha dictado en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ