

**AC 1998\1067**

**Sentencia Audiencia Provincial Navarra núm. 59/1998 (Sección 1ª), de 4 mayo**

**Jurisdicción: Civil**

**Rollo de Apelación núm. 558/1993.**

Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Esther Erice Martínez.

COMPETENCIA DESLEAL: existencia: acto de imitación que supone aprovechamiento del esfuerzo ajeno: fabricación de gel de avena: envases confundibles: riesgo de confusión de los consumidores. DAÑOS Y PERJUICIOS: INDEMNIZACION: 25% del beneficio obtenido por la empresa imitadora con la venta del producto en determinada Comunidad Autónoma y limítrofes.

Las entidades mercantiles «Antonio Puig, SA» y «Kinesia, SA» interpusieron demanda, en juicio de menor cuantía, contra «Kramer Hispania, SA» ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Tudela. El Juzgado dictó, con fecha 1 de febrero de 1997, sentencia estimatoria parcial de la demanda declarando la desleal competencia realizada por la demandada ordenando el cese de la fabricación, comercialización y almacenaje de los productos litigiosos, su remoción y retirada del tráfico económico. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra desestima el recurso de apelación deducido por la demandada y estima el interpuesto por las actoras condenando a la demandada a que indemnice a las actoras por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de su comportamiento desleal

Texto:

En la ciudad de Pamplona-Iruña, a cuatro de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

Vistos por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, constituida por los Ilmos. señores Magistrados que al margen se expresan, en grado de apelación, los presentes autos de Rollo Civil núm. 88/1997, en virtud del recurso de dicha clase interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Tudela, en actuaciones de Juicio de Menor Cuantía, núm. 165/1996, siendo partes: Apelantes: «Antonio Puig, SA» y «Kinesia, SA», representados por el Procurador, don Alfonso Martínez Ayala y dirigidos por el Letrado don Santiago Nadal; y «Krammer Hispania, SA», representada por la Procuradora doña Ana Muñiz Aguirreurreta y dirigido por el Letrado, don Juan Manuel Ramírez. Sobre competencia desleal. Siendo Ponente, la Ilma. Sra. Magistrada, D.ª Esther Erice Martínez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.-Se admiten, y se tienen por reproducidos, los de la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.-Por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 1 de Tudela, se dictó Sentencia, con fecha 1 febrero 1997, en Autos de Juicio de Menor Cuantía núm. 165/1996, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Que estimando como estimo, parcialmente, la demanda interpuesta por don Miguel Arnedo Jiménez, Procurador de los Tribunales y de las mercantiles "Antonio Puig, SA" y "Kinesia, SA", contra "Krammer Hispania, SA", debo declarar y declaro que han constituido actos de competencia desleal la presentación exterior originaria en el mercado del gel de avena "Krammer" y el aprovechamiento indebido por parte de ésta de la reputación y prestigio adquiridos por el gel de avena "Avena Kinesia", condenando a la sociedad demandada a estar y pasar por esta declaración y, además, a:

1. Abstenerse y cesar inmediatamente de utilizar en cualquier forma la presentación exterior referida anteriormente de su gel de avena, prohibiéndole especialmente fabricarla, comercializarla o almacenarla, así como importarla, exportarla o someterla a cualquier otro régimen aduanero, ni aplicarla en publicidad o documentos de negocio.

2. La remoción de los productos que sean consecuencia de los precitados actos de competencia desleal y, en particular, deberá retirarlos inmediatamente del tráfico económico, con retención y depósito de los materiales usados a tal fin (etiquetas, envases o cualquier otro molde) existentes en sus almacenes y dependencias.

Absolviendo a la demandada del resto de pretensiones deducidas contra la misma. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad...».

TERCERO.-Contra la indicada sentencia, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por ambas partes, fueron admitidos a trámite los dos recursos emplazándose a las partes ante este Tribunal, donde comparecieron, recibiendo el pleito a prueba en esta segunda instancia, en la que se practicó la prueba testifical solicitada y admitida, y, previa la instrucción de las partes, y la del Magistrado Ponente, se señaló día para la celebración de la vista oral del recurso, a cuyo acto acudieron las partes.

En el mismo, por la parte apelante-demandada, se solicitó que, con estimación de su recurso, se revoque la sentencia dictada en la primera instancia, en todos los pronunciamientos perjudiciales para esta parte.

La parte apelada-demandante, previa impugnación del recurso, solicitó su desestimación y expuso su recurso interesando la revocación parcial de la sentencia, a fin de que se condene a la demandada al pago de los daños y perjuicios causados, cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia, y al pago de las costas causadas en la primera instancia.

La parte apelada-demandada impugnó el recurso interpuesto por las demandantes y solicitó su desestimación.

CUARTO.-Se cumplen los trámites establecidos para las apelaciones de las resoluciones dictadas por los Juzgados de 1.<sup>a</sup> Instancia, en los procesos sobre juicios de menor cuantía, salvo el plazo previsto para dictar sentencia, debido al cúmulo de asuntos pendientes.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandada apelante mantiene en su recurso la oposición a la declaración de competencia desleal recogida en la sentencia, aduciendo la falta de constancia de la fecha inicial de lanzamiento al mercado del gel «Avena Kinesia», por lo que no es posible considerar que fue anterior a la fecha de lanzamiento del producto «Avena Krammer». Por otra parte cuestiona la valoración de la prueba testifical y pericial efectuada por el Juez de 1.<sup>a</sup> instancia, ya que, según su criterio no se ha acreditado a lo largo del procedimiento que la presentación de conjunto del gel «Avena Krammer» genere confusión en el consumidor entre dicho producto y el gel «Avena Kinesia».

Por último se opone también al pronunciamiento condenatorio realizado en el fallo bajo los ordinales 1 y 2 referidos a la abstención y cese inmediato en la utilización en cualquier forma de la presentación exterior referida anteriormente a su gel de avena, prohibiéndole especialmente fabricarla, comercializarla o almacenarla, así como importarla, exportarla o someterla a cualquier otro régimen aduanero, ni aplicarla en publicidad o documentos de negocio; y a la remoción de productos que sean consecuencia de los precitados actos de competencia desleal y, en particular, su retirada inmediata del tráfico económico, con retención y depósito de los materiales usados a tal fin (etiquetas, envases o cualquier otro molde) existentes en sus almacenes y dependencias. Fundamenta tal oposición en el hecho de que el producto «Avena Krammer» que dio lugar a la interposición de la demanda, dejase de venderse en el mes de noviembre de 1995, por lo que no cabe la concesión de las medidas citadas en el ámbito de la competencia desleal, cuando ésta ya ha cesado.

SEGUNDO.- Respecto a la fecha de lanzamiento al mercado del gel «Avena Kinesia» consta en las actuaciones (folios 55 y ss.) las facturas correspondientes a la realización del spot «Avena-Kinesia» con fecha 15 de marzo de 1994; la realización de 1/2 página de revista sobre el Gel Crema «Avena Kinesia» el 6 de mayo de 1994; la cobertura musical del spot en la misma fecha, etc., por lo que cabe afirmar que es en el año 1994 cuando se produce el lanzamiento del producto; frente a ello el señor A., representante legal de «Krammer Hispania, SA», manifiesta en prueba confesoria (folio 383) que la distribución y comercialización del gel «Avena Krammer» se inició en el mes de abril de 1995; así las cosas este motivo de impugnación debe ser desestimado.

TERCERO.- Se niega por la parte apelante-demandada que la presentación de conjunto del producto «Avena Krammer» sea idónea para crear confusión con el producto de la demandada, en relación a los actos de confusión contemplados en el art. 6 de la Ley de Competencia Desleal 3/1991, de 10

enero (RCL 1991\71) (en adelante LCD). Debe examinarse por lo tanto si se ha producido un riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia del producto, riesgo que es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica atendiendo a lo preceptuado en el citado art. 6 LCD. El resultado de la prueba resulta concluyente, en especial el que se obtiene de la prueba pericial efectuada por don Ignacio E. L., experto en diseño gráfico (folios 874-889), quien entiende que de las seis características generales que definen los envases de ambos productos, dos son fácilmente confundibles y otros dos se parecen, apreciación realizada en la sentencia apelada con acierto, llegándose a la conclusión, compartida por esta Sala, de que se produce riesgo de confusión de los consumidores. Así nos encontramos con un producto, que pertenece al mismo sector comercial que el de los demandados, ambos son gel de avena y, realizado de tal forma que examinado en su conjunto genera la asociación citada por parte de los consumidores, con el consiguiente riesgo de confusión, ya que pueden creer que ambos productos tienen la misma procedencia.

No puede obviarse que la Ley de Competencia Desleal acoge no sólo la protección de las mercantiles que fabrican los productos, sino también la de los intereses de los consumidores (vid. art. 6 [confusión], art. 7 [engaño], art. 8 [entrega de obsequios, primas y regalos], art. 10 [publicidad comparativa] y art. 16 [discriminación], entre otros), de la misma forma que la LGDCU (RCL 1989\1591) se ocupa de algunos supuestos de competencia desleal (vid. art. 8 -prohibiendo la oferta, promoción y publicidad de productos, actividades o servicios que pueda ser falsa o engañosa- y art. 9 -normas restrictivas en relación con la utilización de concursos, sorteos, regalos y métodos similares para la promoción y venta de bienes o servicios en el mercado-); ambas leyes atendiendo a la protección que la propia Constitución demanda para los consumidores (art. 51 CE [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]) y acordes con el fin de garantizar una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público (art. 38 CE); por lo que no es posible conceder el alcance, que pretende la recurrente, a la testifical de personas que desempeñan su labor profesional en relación con la venta de productos de droguería, ya que su conocimiento y diferenciación de los productos no es similar a la del consumidor medio.

En cuanto a la aplicación del principio de la libre imitabilidad, alegado por la recurrente, si bien es cierto que el mismo está recogido en el art. 11 LCD, también lo es que la inexistencia de un derecho de exclusiva no supone necesariamente que unos empresarios puedan imitar los productos de otros empresarios, sin límite alguno; sino que el interés de éstos, de los consumidores y en definitiva el interés general requieren que se establezcan excepciones al principio de libre imitabilidad; y así el art. 11.2 LCD recoge que la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación, y como ya se ha expuesto nos encontramos ante una imitación que genera dicha asociación, por lo que la conducta de la demandada no puede ampararse en el principio de libre imitabilidad, ya que la imitación debe siempre atemperarse a los requisitos legalmente establecidos.

CUARTO.- La impugnación referida a los pronunciamientos que estiman las acciones de cesación, prohibición y remoción de productos, tampoco puede ser estimada.

En el art. 18.2.º LCD se contemplan la acción de cesación del acto y la acción de prohibición del mismo; la primera de ellas requiere la realidad de un acto de competencia desleal, o de una conducta anterior cuyas consecuencias subsisten al tiempo de formularse la demanda, con objeto de que se ponga fin a la perturbación originada, y así ocurre en este procedimiento, en el que la parte demandada admite que todavía puede encontrarse el producto a la venta, por falta de capacidad operativa para ser retirado del mercado, al tiempo en que se acordó cesar en su fabricación; en cuanto a la acción de prohibición, tiene por objeto conseguir que no se fabrique nuevamente el producto, y si bien puede parecer redundante, la acción se admite ante la probabilidad de que el producto pueda volver a fabricarse con los envases y etiquetas que se encuentran en poder de la demandada, valorando que también posee una red comercial de distribución.

La acción de remoción prevista en el art. 18.3 LCD, en este caso concreto pretende la retirada del tráfico económico, mediante la retención y depósito de los materiales usados para la producción del «Gel Avena Krammer», que existan en los almacenes y dependencias de la recurrente, y dado que el cese en la fabricación del producto, no priva de virtualidad y eficacia a la medida de tutela solicitada, la misma puede ser acordada, toda vez que la ocupación de los materiales empleados para fabricar el producto (etiquetas, envases o cualquier otro molde) permanecen en poder de la demandada y su ocupación, complementa el efecto producido por la estimación de las acciones de cesación y prohibición, dificultando el aprovechamiento de los medios empleados para llevar a cabo la práctica desleal. Procede por tanto la desestimación íntegra del recurso interpuesto por la parte demandada.

QUINTO.- La parte actora en su recurso solicita se estime su petición, referida a la indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la actuación desleal, y difiere su cuantificación al período de ejecución de sentencia, manteniendo que existen elementos suficientes en el procedimiento para determinar las bases del perjuicio sufrido, ya que se produjo una disminución de venta y mercado en Navarra y provincias limítrofes, correspondiente a la venta y mercado del producto «Avena Krammer», que si no han sido determinadas con precisión, es debido únicamente a la falta de presentación de las facturas referidas a las anotaciones contenidas en sus libros exhibidos por la demandada. Por último interesó la condena en costas a la parte demandada, que no sólo ha sido condenada por competencia desleal, sino que ha obrado con temeridad, ya que requerida con carácter previo al inicio de las actuaciones, no atendió en su integridad tal requerimiento, haciendo precisa la interposición de la demanda.

SEXTO.- La acción de indemnización por daños y perjuicios se recoge en el art. 18, apartado 5 LCD y es ejercitada por los actores quienes participan en el encargo de los estudios de mercado efectuados, publicidad y lanzamiento del producto «Avena Kinesia», y han resultado perjudicadas por los actos de

competencia desleal, realizados con plena intencionalidad, dado que la imitación resulta obvia y por ello la venta del producto «Avena Krammer» en Navarra y comunidades limítrofes ha disminuido las ventas y el beneficio que la parte demandante pudo obtener en dicha área geográfica; este «lucro cesante» debe ser indemnizado, a juicio de esta Sala, mediante el abono de un 25% del beneficio obtenido por «Avena Krammer» con la venta de su producto en Navarra y comunidades limítrofes, determinándose la cantidad según resulte en ejecución de sentencia, mediante prueba pericial realizada sobre la aportación de las facturas correspondientes a los libros objeto de la prueba de exhibición que no fue suficiente para tal determinación, al no ir acompañada de las facturas referidas en los asientos y notas de dicho libro; así las cosas procede admitir el recurso interpuesto por la parte demandante, estimándose su demanda íntegramente.

SEPTIMO.- Las costas causadas se impondrán a la parte demandada, ya que la demanda ha sido íntegramente estimada (art. 523 LECiv); respecto a las costas causadas en la segunda instancia, la parte demandada abonará las costas causadas por su recurso que ha sido desestimado, sin que proceda expreso pronunciamiento sobre las costas ocasionadas por el recurso interpuesto por la parte demandante y que ha sido estimado (art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general aplicación.

## FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Ana Muñiz Aguirreurreta, en nombre y representación de «Krammer Hispania, SA», contra la Sentencia dictada en el Juicio de Menor Cuantía núm. 165/1996, seguido ante el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 1 de Tudela, condenando a dicha parte al pago de las costas causadas por su recurso.

Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador, don Alfonso Martínez Ayala, en nombre y representación de «Antonio Puig, SA» y «Kinesia, SA» contra la citada resolución, revocando parcialmente la misma, sin que proceda verificar especial pronunciamiento sobre las costas causadas por su recurso.

Estimar la demanda interpuesta por el Procurador don Miguel Arnedo Jiménez en nombre y representación de «Antonio Puig, SA» y «Kinesia, SA», frente a «Krammer Hispania, SA» representada por el Procurador don Juan Bozal de Aróstegui, condenando a la demandada a que indemnice a las actrices por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de su comportamiento desleal, en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, conforme a lo expuesto en el fundamento sexto de esta resolución; condenándole asimismo al pago de las costas causadas en la primera instancia; manteniendo el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia de primera instancia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los componentes de la misma.