

Juzgado de lo Mercantil nº 2
Alicante
Juicio ordinario 556/2016

M^a CARMEN DÍAZ GARCÍA
NOTIFICADO 06-03-17

Sentencia 43/17

En Alicante, a 2 de marzo de 2017

Antecedentes de hecho

Primero.- El 29 de julio de 2016, don Jesús Zaragoza Gómez de Ramón, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE ENFERMERÍA DE ESPAÑA presentó escrito de demanda de juicio ordinario contra don

y la ASOCIACIÓN NUEVA ENFERMERIA ANE POR UNA ENFERMERIA TRANSPARENTE que, por turno de reparto, correspondió a este juzgado.

Segundo.- Fue admitida a trámite por Decreto de 20 de septiembre de 2016 y se emplazó a las demandadas.

Tercero.- Doña María del Carmen Díaz García, Procuradora de los Tribunales y de don

y la ASOCIACIÓN NUEVA ENFERMERÍA ANE POR UNA ENFERMERÍA TRANSPARENTE presentó escrito de contestación a la demanda el 25 de octubre de 2016.

Cuarto.- El acto de la Audiencia Previa tuvo lugar el día 19 de enero de 2014. En él comparecieron todas las partes, que se ratificaron en sus posiciones y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba.

Fue propuesta la prueba en los términos que constan en el acta.

Fue admitida en los términos que obran en el acta y grabación.

Quinto.- Transcurrido el plazo concedido por el Juzgado para que las partes concretaran un acuerdo, los autos quedaron vistos para sentencia.

Fundamentos de Derecho

Primero.- Planteamiento.

La parte actora solicita que se dicte sentencia por la que se declare:

1) Que la demandante es titular de las Marca de la Unión Europea nº 014298392 “en NUEVA ENFERMERÍA” para las clases 9, 16, 36, 37, 39, 41, 42, 44 y 45, solicitada el 29 de junio de 2015.

2) Que al emplear un signo semejante, los demandados han infringido tales derechos de exclusiva por riesgo de confusión y asociación y han incurrido en competencia desleal en su formar de actos de imitación, denigración y confusión.

Y, en consecuencia, que se condene a las demandadas:

1) A estar y pasar por las anteriores declaraciones.

2) A cambiar su denominación asociativa eliminando las palabras “en NUEVA ENFERMERÍA”.

3) A cesar y abstenerse en el futuro de llevar a cabo cualquier acto utilización del signo “en NUEVA ENFERMERÍA” y a la cancelación de los nombres de dominio <http://www.enfermerianueva.com/wordpress/> y <http://enfermerianueva.blogspot.com.es/o> cualesquiera otros nombres de dominio en que se incluya la denominación “en NUEVA ENFERMERÍA”.

4) A publicar a su costa el fallo de la Sentencia que se dicte en este procedimiento en los periódicos EL PAÍS y EL MUNDO y en dos revistas del sector, DIARIO ENFERMERO Y DIARIO MÉDICO.

5) A abonar solidariamente el pago de las costas.

La demandante sostiene que las demandadas han infringido sus derechos de exclusiva.

Las demandadas argumentan inexistencia de infracción, y que con esta actuación la demandante pretende fraudulentamente coartar la libertad de expresión.

Segundo.- Sobre la inexistencia de infracción marcaria y de competencia desleal

a) Sobre la infracción marcaria

La demandante sostiene que las demandadas hacen uso de un signo “en NUEVA ENFERMERÍA” en el ejercicio de sus actividades que conforman sus estatutos (fomentar la transparencia en la gestión, información y actuación de los colegios profesionales de enfermería, el CGE y la OCE en su conjunto; informar a las enfermeras españolas acerca de la gestión y las actividades de los Colegios Oficiales de Enfermería de cada una de las provincias del Estado, del CGE y de la OCE en su conjunto; estimular el interés de las enfermeras por la situación en la que se encuentran la mayoría de los colegios; canalizar el malestar enfermero con la actual situación de la Organización Colegial de Enfermería; propiciar cambios en las estructuras colegiales que permitan a los profesionales de enfermería la recuperación de sus órganos de representación y colaborar con enfermeras individuales, asociaciones enfermeras, colegios profesionales y otras instituciones u organismos en temas de interés profesional y de la mejora de la profesión) y que ello supone una infracción de la Marca de la Unión Europea nº 014298392 “en NUEVA ENFERMERÍA” para las clases 9, 16, 36, 37, 39, 41, 42, 44 y 45, solicitada el 29 de junio de 2015.

Se invoca el artículo 9.1 en su apartados b) del REGLAMENTO (CE) No 207/2009 DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2009 sobre la marca de la Unión Europea para sustentar la infracción. Y sin embargo vemos que ninguna de las clases para las que la marca se encuentra registrada presenta similitud con la actividad asociativa realizada por la entidad demandada ni con las que llevan a cabo las personas físicas codemandadas, que se corresponde con una actividad informativa y crítica con el sistema corporativo de organización profesional de la enfermería. Con la única que podría tener una mínima relación sería con la clase 44 (*servicios médicos*) pero desde luego se encuentra muy lejos de los criterios jurisprudenciales para hablar de similitud de los servicios.

Entre otras Audiencia Provincial de Alicante, en SAP de 26 de abril de 2016:

El TPICE recuerda que, según la jurisprudencia, los productos o servicios complementarios son aquellos entre los que existe una estrecha conexión, en el sentido de que uno es indispensable o importante para el uso del otro, de manera que los consumidores pueden pensar que la empresa responsable de la fabricación o comercialización de ambos productos es la misma (sentencia del TPICE de 1 de marzo de 2005, Sergio Rossi/OAMI-Sissi Rossi(SISSI ROSSI)). En igual sentido, la definición que la OAMI da en el punto 2.6.1, de la segunda parte, capítulo 2, de las directrices relativas al procedimiento de oposición (de 10 de mayo de 2004).

Ciertamente, las gafas de sol y los relojes no son necesariamente indispensables respecto de los productos textiles de la actora. Sin embargo, no es precisa tal exigencia absoluta para apreciar la complementariedad.

En la sentencia antes citada TPI de 23 de octubre de 2002, el Tribunal atendió al criterio de destino para apreciar la complementariedad de productos o servicios de modo

que no es precisa la necesidad de utilización común, sino únicamente "conveniente y habitual". Desde esta perspectiva, textiles, gafas y relojes tienen un mismo destino, habitual, de particularizar la imagen de la persona, con arreglo a la moda y a sus gustos.

De otra parte, usando el concepto de "familia de productos" la Sentencia de 4 de noviembre de 2003 (Pedro Díaz/OAMI; CASTILLO), refiriendo el bajo grado de sustituibilidad de dos productos (leche y queso), consideró la complementariedad de los mismos "en la medida en que, para el público pertinente, se incluyen en una misma familia de productos y pueden considerarse con facilidad elementos de una gama general de productos...lácteos con un posible origen empresarial común ". Trasladado ese criterio al caso que nos ocupa, los productos enfrentados pueden también ser considerados por el público pertinente, con suma facilidad, como elementos de una gama más amplia, de productos de moda, pues es habitual que las marcas de productos de moda las empleen también para productos no propiamente textiles, pero que igualmente sirven para "vestir" a la persona, dándole la impronta que desee. Así también lo acredita la documental n.º 19 de la demanda, que pone de manifiesto lo extraordinariamente frecuente que es que marcas normalmente asociadas a ropa y prendas de vestir también lo sean de relojes y gafas.

Otros factores pueden ser valorados para apreciar la similitud entre productos, como su naturaleza, su destino, su utilización y su carácter competidor o complementario (véanse, en particular, las sentencias Sunrider/OAMI, C 416/04 P,EU:C:2006:310, apartado 85, y Les Éditions Albert René/OAMI, C 16/06 P,EU:C:2008:739, apartado 65). También los canales de distribución y los puntos de venta de esos productos, absolutamente coincidentes en el caso que nos ocupa (documentos número 9 y 10 de la demanda).

La conclusión que alcanzamos, a la vista de los razonamientos anteriores (extrema semejanza entre los signos enfrentados, para productos que presentan similitud, por complementariedad), es la existencia de riesgo de confusión.

A la vista de lo anterior podemos concluir que no sólo no se trata de actividades complementarias sino que tampoco concurre ninguno de los criterios orientativos para poder inferir esta similitud entre los productos/servicios, porque los servicios médicos y las asociaciones referidas a la situación profesional del personal sanitario ni tienen la misma naturaleza, ni van destinadas a los mismos tipos de destinatarios, ni pueden encontrarse nunca en ninguna forma de competencia, debiendo descartarse cualquier posibilidad de que un consumidor medio pueda asociar ambas referencias "en NUEVA ENFERMERÍA" a un mismo origen empresarial porque es sabido que los productos o servicios sanitarios se organizan, prestan, fabrican o distribuyen por entidades que nada tienen que ver con las asociaciones y colegios profesionales que se encargan de regular, criticar o informar sobre la situación profesional de los enfermeros.

b) Sobre la competencia desleal.

Concurre en el presente supuesto una falta de legitimación activa de la demandante para demandar a terceros por competencia desleal al no poder considerarse un operador económico a los efectos del artículo 3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia

Desleal ya que la demandante es un Consejo General de Colegios de Enfermería de España. Y la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales en su artículo 9.1 desarrolla las funciones de los Consejos Generales de los Colegios Profesionales en las siguientes: a) *Las atribuidas por el artículo quinto a los Colegios Profesionales, en cuanto tengan ámbito o repercusión nacional.* b) *Elaborar los estatutos generales de los Colegios, así como los suyos propios.* c) *Aprobar los estatutos y visar los reglamentos de régimen interior de los Colegios.* d) *Dirimir los conflictos que puedan suscitarse entre los distintos Colegios.* e) *Resolver los recursos que se interpongan contra los actos de los Colegios.* f) *Adoptar las medidas necesarias para que los Colegios cumplan las resoluciones del propio Consejo Superior dictadas en materia de su competencia.* g) *Ejercer las funciones disciplinarias con respecto a los miembros de las Juntas de Gobierno de los Colegios y del propio Consejo.* h) *Aprobar sus presupuestos y regular y fijar equitativamente las aportaciones de los Colegios.* i) *Informar preceptivamente todo proyecto de modificación de la legislación sobre Colegios Profesionales.* j) *Informar los proyectos de disposiciones generales de carácter fiscal que afecten concreta y directamente a las profesiones respectivas, en los términos señalados en el número 4 del artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo.* k) *Asumir la representación de los profesionales españoles ante las Entidades similares en otras naciones.* l) *Organizar con carácter nacional instituciones y servicios de asistencia y previsión y colaborar con la Administración para la aplicación a los profesionales colegiados del sistema de Seguridad Social más adecuado.* m) *Tratar de conseguir el mayor nivel de empleo de los colegiados, colaborando con la Administración en la medida que resulte necesario.* n) *Adoptar las medidas que estime convenientes para completar provisionalmente con los colegiados más antiguos las Juntas de Gobierno de los Colegios cuando se produzcan las vacantes de más de la mitad de los cargos de aquéllas. La Junta provisional, así constituida, ejercerá sus funciones hasta que tomen posesión los designados en virtud de elección, que se celebrará conforme a las disposiciones estatutarias.* ñ) *Velar por que se cumplan las condiciones exigidas por las leyes y los estatutos para la presentación y proclamación de candidatos para los cargos de las Juntas de Gobierno de los Colegios.*

Como vemos no hay ninguna que permita siquiera interpretar de forma amplia que están facultadas para intervenir en el tráfico económico como agentes productores, prestadores o comercializadores de productos o servicios.

Junto a lo anterior, aunque pudiere haber actuado la actora atribuyéndose funciones que no le son propias y que no tendría trascendencia en el presente sino únicamente a los efectos de corporativos (y hasta tanto no se declarara nulo, tal vez ya pesar de revestir unos caracteres propios de acto nulo de pleno derecho de una entidad que no olvidemos que como recuerda el 9.1 de la Ley 2/1974 es de derecho público, habría que tenerlo por válido) lo cierto es que no se acredita ni un solo acto de la actora de intervención en el tráfico económico como operador del mismo, salvo el registro marcario que no tiene la consideración de tal. Por ello, al no desarrollar una actividad económica propia, una Administración Pública, o como en este caso una Entidad de derecho Público no está sometida a la LCD (STS 29 de diciembre de 2006) lo que debemos entender tanto en su calidad de legitimada pasiva, que era el supuesto enjuiciado en la sentencia referida, como activa.

Tercero.- Sobre el fraude de Ley.

A mayor abundamiento, entraremos también en la alegación de fraude de ley realizada por las demandadas, por su relevancia en general y por su trascendencia en el pronunciamiento sobre las costas en particular. Y aunque la posición defendida por las demandadas hubiera podido sostenerse con una reconvención en la que se ejercitara la nulidad por mala fe y/o la reivindicatoria, no por ello ha de dejar de analizarse el fraude de ley pues no se trata de una doctrina subsidiaria, sólo aplicable en defecto de otra respuesta legal.

Consta documentalmente acreditado en el presente que la demandante solicitó el registro de su marca el 29 de junio de 2015; que los codemandados, que ejercen una actividad crítica para con la dirección de la demandante, se agrupan como asociación en el mismo mes de junio de 2015, siendo el 23 de ese mismo mes (6 días antes de la solicitud de registro marcario) la primera aparición en redes sociales como FACEBOOK, TWITTER así como en la plataforma YOUTUBE a través de un comunicado; que la actora no ha desarrollado ni desarrolla actividad en el tráfico económico por medio del intercambio de bienes o servicios propios con terceros, y se limita a la realización de sus funciones corporativas propias, y que desde luego, no lo ha hecho con el empleo del signo “en NUEVA ENFERMERÍA”; que no se ofrece ninguna justificación para registro de tal signo marcario, ni el acuerdo del organismo aprobando su registro; que no requirió a los demandados de cesación antes de presentar la demanda ni se intentó conciliación o acuerdo de ningún tipo a pesar de tratarse de compañeros de profesión; y que los demandados presentaron además una candidatura alternativa a la presidencia del Consejo.

Resulta palmario que la demandante ha empleado un medio lícito, cual es el registro marcario, para obtener una finalidad ilícita, prohibida por el Ordenamiento Jurídico, la represión de de la disidencia en la competencia por el poder del propio Consejo y del derecho fundamental a la libertad de expresión consagrado en el artículo 20.1 a) de la CE, intentando emplear los superiores medios económicos que se presumen a la actora para entorpecer ilícitamente el camino de quienes se presentan como una alternativa a las políticas de la actual dirección, actuando en consecuencia de forma manifiestamente antijurídica, ya que ningún otro propósito puede encontrarse en un registro marcario que es idéntico al nombre de una asociación y de un movimiento de crítica, cuando el registro lo realiza una entidad que ni se sabe que haya intervenido, ni se prevé que lo haga en el tráfico económico como agente.

Sobre los caracteres del fraude de ley, entre otras las STS de 19 de 1997 y 17 de abril de 1997.

Cuarto. Sobre las costas.

Por aplicación del artículo 394 de la LEC y en atención a la desestimación sustancial de la demanda, se imponen las costas a la demandante con expresa declaración de temeridad y mala fe por los motivos recogidos en el Fundamento de Derecho precedente.

Fallo

Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por don Jesús Zaragoza Gómez de Ramón, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE ENFERMERÍA DE ESPAÑA contra don

y la ASOCIACIÓN NUEVA ENFERMERÍA ANE POR UNA ENFERMERÍA TRANSPARENTE con expresa condena en costas a la misma y declaración de temeridad y mala fe.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme, ya que contra ella cabe recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante en el plazo de VEINTE DÍAS a contar desde la fecha de su notificación.

Así lo acuerda y firma el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Alicante, Salvador Calero García.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la dictó, estando el mismo celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria Judicial doy fe, en ALICANTE , a dos de marzo de dos mil diecisiete.