

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE ALICANTE

Calle Pardo Gimeno,43
TELÉFONO: 965-93.61.41. FAX: 965-93.61.67
N.I.G.: 03014-66-2-2006-0000787

Procedimiento: Juicio Ordinario - 000330/2006 - B

Demandante: GEORGE V RESTAURATION SOCIETE ANONYME
Procurador/a: TORMO MORATALLA, AMANDA

Demandada: RIWANCHA SL y GALAXY RESTAURACION, SL
Procurador/a: CALVO RUBI, CRISTINA

SENTENCIA Nº 000294/2009

En Alicante, a nueve de diciembre de dos mil nueve.

Vistos por mí, Luis Seller Roca de Togores, Magistrado del Juzgado de Lo Mercantil Nº 2 de esta ciudad, el presente juicio ordinario registrado con el núm. 330/06, seguido a instancia de la mercantil GEORGE V RESTAURATION SOCIETE ANONYME, representada por la Procuradora Srª. Tormo Moratalla y asistida de la Letrada Srª. Foncillas Miralbes contra las mercantiles GALAXY RESTAURACION S.L., representada por el Procurador Sr. Calvo Rubí y asistida del Letrado Sr. Burgos, y contra la mercantil RIWANCHA S.L., en rebeldía procesal, siendo el objeto del juicio infracción de marcas comunitarias y competencia desleal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Srª. Tormo Moratalla, en representación de la actora expresada, presentó demanda, que fue turnada a este Juzgado, a la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación acompañaba documentos y copias, contra la expresada demandada solicitando pronunciamientos declarativos y condenatorios sobre infracción de marca comunitaria, infracción contractual y competencia desleal.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se mandó emplazar a los demandados, practicándose en su persona con los requisitos y formalidades exigidas por la ley respecto de GALAXI RESTAURACIÓN S.L. que compareció contestando a la demanda y oponiéndose a ella y solicitando la desestimación de la demanda en todos sus extremos con condena en costas a la actora.

En cuanto a RIWANCHA S.L., intentado el emplazamiento en su domicilio social, se practicó este por edictos sin que se personara en autos siendo declarada su rebeldía procesal por providencia de 17 de diciembre de 2007.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa que señala la ley, compareció la actora y GALAXY RESTAURACIÓN S.L. el día 4 de marzo de 2008

06/03/13
— M
790

ratificándose en sus escritos iniciales y proponiéndose prueba, admitiéndose la pertinente que se practicó, tras suspensiones, el día 10 de septiembre de 2009.

Previo a ello, en fecha 12 de mayo de 2009 se formuló por la demandada solicitud de suspensión del procedimiento por ser prejudicial el procedimiento N 58/08 seguido ante el TSJ de Cataluña. Tal suspensión por prejudicialidad se desestimó por Auto de 12 de mayo de 2009.

En el acto del juicio quedó pendiente que la demandante aportase documentación acreditativa del cambio de denominación social lo cual hizo por escrito de 21 de septiembre de 2009. Estando suspendido el plazo para dictar sentencia se alzó esta, tras escritos recíprocos de las partes por resolución de 6 de noviembre de 2009.

No ha sido posible el cumplimiento del plazo establecido por la ley para el dictado de la presente sentencia, dada la complejidad del asunto y el deber de atender otros de carácter urgente de este juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la actora acciones de violación de marcas comunitaria registradas, al amparo del art. 9.1 b) y 9.1 c) del Reglamento CE N° 40/94, de 20 de diciembre de 1993 (en adelante RMC).

De acuerdo con el art. 91,92 y 99 del RMC, en relación con el art. 86 bis LOPJ, el Tribunal de Marca Comunitaria es competente para el conocimiento de tales acciones respecto de las marcas y diseños comunitarios, que serán las previstas por la legislación nacional, con aplicación de las normas procesales españolas que sean aplicables al mismo tipo de acciones en materia de marcas (Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre).

Las acciones declarativas y de condena articuladas por la actora tienen pleno encaje en los artículos 34 y siguientes y 40 y siguientes de nuestra Ley de Marcas (en adelante LM) acciones declarativas, de cesación e indemnización al amparo del ius prohibendi que establece el art.9.1 b) y c) RMC, para el uso en el tráfico económico de signos idénticos o similares para designar productos idénticos o similares que implique riesgo de confusión por parte del público.

Conjuntamente ejercita acciones de competencia desleal al amparo del art. 5, 11 y 12 de Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Al mismo tiempo pide declaración de incumplimiento del acuerdo transaccional suscrito en fecha 10 de junio de 2004 y condena a su cumplimiento.

SEGUNDO.- El codemandado personado, GALAXY RESTAURACIÓN S.L. se opone a la demanda a las peticiones de la demanda en base a que no se ha producido incumplimiento del acuerdo transaccional llevado a cabo en 10 de junio de 2004. Alega cosa Juzgada.

Respecto de la infracción de las marcas de la actora igualmente se niega alegando la coexistencia de estas con otras, la inapropiabilidad de la imagen de Buda y la inexistencia de riesgo de confusión.

Niega así mismo la existencia de infracción de preceptos de la Ley de Competencia Desleal por ser la acción prescrita y no desarrollar actividad comercial la demandante en el mercado español. Niega la existencia de daños y perjuicios.

TERCERO.- La actora se presenta como titular de las marcas comunitarias registradas en la Oficina de Armonización del Mercado Interior siguientes:

- a) Nº 329.870, BUDA BAR (denominativa), solicitada en 23/07/1996 y registrada en 15/05/1998 (publicación de 3/08/1998) para las clase, entre otras) 42 (servicios de restauración, alimentación).
- b) Nº 2.695.005 BUDDHA BAR (denominativa), solicitada en 13/05/2002 y registrada en 8/09/2003 (publicada en 27/10/2003) para las clase, entre otras, 43 (servicios de restauración, alimentación).

Sostiene la notoriedad del distintivo BUDA BAR/BUDDHA BAR no con la finalidad de traspasar el límite del principio de especialidad que rige en esta disciplina sino en evitación del aprovechamiento indebido de su propio prestigio y dilución de sus propias marcas.

Conviene examinar la cuestión desde el punto de vista estrictamente marcario para, a continuación, resolver sobre la infracción del acuerdo transaccional y la competencia desleal. Ello se debe a que la actora ejercita con carácter principal las acciones en protección de sus marcas (por las que se atribuye competencia a este Juzgado).

La infracción de sus marcas se habría producido, mediante el uso que las codemandadas han venido realizando de las denominaciones BUDDHA BARCELONA, BUDA Barcelona, BUDA BARCELONA, la imagen de Buda seguida de la denominación Barcelona o restaurante, uso del nombre de los nombre de dominio "budabarcelona.com" y "budarestaurante.com", y por la solicitud de marca española 2.679.266.

De la prueba practicada, y del propio reconocimiento del demandado en su contestación (abstrayéndonos a cualquier consideración o referencia al acuerdo transaccional) que viene explotando un restaurante en Barcelona (C/ Pau Clarís, 92) en cuyo exterior se emplea como rótulo de establecimiento la imagen de Buda seguida de "restaurante" y que, con anterioridad empleaba la misma imagen junto con los nombre Buda y Bar. Igualmente se constata por la documental aportada a los autos que ha venido utilizando en su publicidad y documentación comercial términos para identificar su negocio tales como BUDDHA BARCELONA, BUDA Barcelona, BUDA BARCELONA o la imagen de Buda seguida de la denominación Barcelona.

Se constata, además que el uso de tales signos no se encuentra amparado en título marcario o equivalente alguno.

QUINTO.- Tales denominaciones empleadas por la demandada infringen los derechos preferentes de las dos marcas de la actora que se hacen valer en este pleito por generar en el consumidor el riesgo de confusión al que se refiere el art. 9.1 b) RMC. La estimación de esta pretensión hace innecesario examinar si se produce la infracción a través del art. 9.1 c) RMC.

La apreciación del riesgo de confusión debe llevarse a cabo de forma global atendiendo a la interrelación existente entre los diversos factores a considerar, "en particular, del conocimiento de la marca en el mercado y del grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios designados" (St. TJCE 11 de noviembre de 1997, caso SABEL y St. 29 de septiembre de 1998 caso CANON).

Por otro lado, la aproximación al riesgo de confusión debe efectuarse desde la

perspectiva de un determinado tipo de consumidor, el consumidor medio de la categoría de productos o servicios de que se trate, del que se presume que se encuentra normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz. (STJCE de 22 de junio de 1999). Este consumidor percibirá la marca como un todo, en su conjunto, sin detenerse a examinar los detalles, variando su grado de atención en función de la categoría de productos o servicios de que se trate (STJCE Sabel, de 11 de noviembre de 1997; Mystery Drinks, de 15 de enero de 2003).

SEXTO.- En la confrontación de los signos y marcas, al examinar la similitud gráfica, fonética o conceptual de las marcas en conflicto, debe hacerse apreciación global basada en la impresión de conjunto producida por las marcas, teniendo en cuenta, en especial, sus elementos distintivos y dominantes.

De este modo, no cabe prescindir, en principio, de ninguno de los elementos que conforman las marcas; pero, de concurrir determinados elementos de las mismas que dominen sobre los demás por su particular carácter distintivo, habrá de dárseles especial relevancia en la comparación.

Tratándose, como son, marcas compuestas las que se encuentran en liza, debemos subrayar la importancia de tal elemento dominante que se delimita como aquel componente que "*...puede dominar por sí sólo la imagen de esta marca que el público destinatario guarda en la memoria, de modo que el resto de los componentes de la marca son insignificantes dentro de la impresión de conjunto producida por ésta*".(Sentencia del TPICE, de 23 de octubre de 2002, Matratzen Concord GMBH/OAMI –Matratzen–). Cuando esto se produce, cuando el elemento dominante de la impresión de conjunto de una marca compuesta es idéntico a otra anterior (en el que también es dominante), la semejanza debe reconocerse.

No hay duda de que el elemento dominante de todas y cada una de las marcas y signos señalados es el término BUDA o BUDDHA. Este siempre es el inicio del signo compuesto y no se puede decir que carezca de distintividad por sí mismo. A él se dirige conceptualmente el gráfico empleado por la demandada.

No es obstáculo para preciar lo anterior que la demandada advierta de la inapropiabilidad del término BUDA, lo que viene a ser una suerte de alegación de falta de distintividad del mismo.

Respecto de la distintividad de palabras (símbolos religiosos) como el que nos ocupa, es preciso destacar lo enseñado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1992. En ella (bajo vigencia del antiguo Estatuto de Propiedad Industrial), examina la adquisición de fuerza distintiva de un término mitológico (TITÁN), y la no genericidad de término: "La genericidad de una expresión o palabra puede llegar a identificarse de tal forma con los productos que trata de distinguir que, con el transcurso del tiempo, la publicidad creada y la notoriedad adquirida, le atribuyan un carácter específico que no se puede anular por aquel aspecto gramatical, siendo además de destacar en el caso que la palabra TITÁN [como BUDA] en su acepción mitológica no tiene carácter genérico, aunque lo tenga en sentido figurado, y al haber conseguido aquella finalidad individualizada ha de prestársele la protección (sentencia 9 de mayo de 1983), sin que a ello pueda oponerse la misma palabra unida a una denominación geográfica- Roda-, no sólo por lo dispuesto en los art. 124.6 y

201.1) del Estatuto, sino también porque crea el posible confucionismo de llevar a entender que "Titanroda" no es más que una fábrica sucursal de "Industrias Titán" localizada en la Roda (Albacete).".

No hay que olvidar que el término Buda, aplicado a unos servicios tan ajenos a su contenido propio (filosófico religioso) como son restaurantes, ve incrementada su fuerza distintiva (STPI 30 abril 2003: *Por consiguiente, el carácter distintivo de una marca debe apreciarse, por un lado, en relación con los productos o servicios para los que se ha solicitado el registro...*").

En este sentido, de los documentos aportados por la actora (doc 12 a 18), se desprende la intensa referencia a la marca BUDDHA BAR en medios de publicación y difusión publicitaria, lo cual ha venido a incrementar la distintividad de la palabra Buda haciéndola aún más apta para identificar la procedencia empresarial y para distinguir el producto de el de otras empresas (ST. TJCE de 18 de junio de 2002, Koninklijke Philips Electronics NV y Remington Consumer Products Ltd.).

En la simplificación mental del nombre del local que hace el cliente sin duda, al referirse al establecimiento, usa el término Buda. Lo que se retiene en la memoria (y sirve para identificar el servicio) es BUDA, no "restaurante" o "Barcelona" o "bar".

Pues bien, siendo evidente que la fuerza de las marcas compuestas radica en el término BUDA o BUDDHA (siendo muy semejantes gramaticalmente e idénticos conceptual y fonéticamente) unas y otras marcas tienen un alto grado de semejanza.

Se advierte que no es relevante que, en vez de el término BUDA, se emplee un gráfico. Este, por mucho que se intente por la demandada, se identifica por el público con la imagen de Buda y así se deduce de las noticias aparecidas en relación con el restaurante. Sin duda el público no reconoce como nombre del establecimiento "restaurante", sino Buda. El término se sigue empleando así mismo en los tickets de consumición y publicidad como prueban los documentos 84 a 86.

OCTAVO.- Semejanza de los productos y servicios. La SJTCE de 29 de septiembre de 1998 (CANON) señala como factores a tener en cuenta para apreciar la semejanza de productos y servicios, "... su naturaleza, su destino, su utilización y su carácter competidor o complementario". Es importante, a efectos de apreciar este último grado de semejanza (la complementariedad de los productos), lo expresado en la St del Tribunal de Primera Instancia CE de 4 de noviembre de 2003: "*Sin embargo, son complementarios en la medida en que, para el público pertinente, se incluyen en una misma familia de productos y puede considerarse con facilidad elementos de una gama general de productos lácteos con un posible origen comercial común*".

En este caso los servicios por los que protegen las marcas de la actora y los prestados por el demandado son idénticos, restauración.

NOVENO.- En cuanto a la transacción.

Se discute si se ha producido incumplimiento de la misma. Pues bien, a la vista de las documentales aportadas, se advierte que la demandada no dio cumplimiento puntual a lo acordado en 10 de junio de 2004. Únicamente cumplió de forma tardía y defectuosa de modo que con la actual denominación (eliminando BUDA y empleando el gráfico) viene a defraudar lo que inspira la transacción, en concreto lo referido en el pacto 5º. Se ve defraudado así mismo el pacto 4º y 7º en cuanto a la sustitución de budabarcelona por budarestaurante.

Respecto de la codemandada en rebeldía RIWANCHA S.L. (antes BUDDHA BARCELONA S.L.). Pese a las alegaciones de la actora, no se ha acreditado que la misma haya realizado conductas infractoras de las marcas actoras más allá de la referida a su propia denominación social. Esta fue sustituida en 19 de enero de 2006 (doc. 36 de la demanda), con retraso, pero cumplido, por lo que no se advierte un interés legítimo en pronunciamiento respecto de la misma.

El efecto de cosa juzgada que tal pacto ha de tener es exclusivamente en cuanto a las infracciones marcarias (llevadas a cabo por GALAXY) que se hubieran producido con anterioridad al 6 de agosto de 2004 (transcurrido el plazo estipulado para cumplimiento) no las que se produjeron a partir de su fecha.

DÉCIMO.- En cuanto a la petición que se hace en orden a la marca española solicitada por GALAXY RESTAURACIÓN S.L. Nº 2.679.266 y la nulidad del nombre de dominio "budarestaurante.com".

Como se ha advertido por este Juzgado en la sentencia dada en el procedimiento JO 122/2007 es dudoso que la solicitud de una marca constituya una forma de utilización en el tráfico económico de un signo infringiendo los derechos marcarios prioritarios. De este modo, algún autor como Lobato, considera que, cuando se presenta una solicitud de marca que se considera infractora de otra anterior (con el fin de obtener una marca de cobertura) el titular de la marca anterior deberá oponerse en vía administrativa y, en su caso impugnar, no pudiendo recurrir a la acción de violación.

Por otro lado, puede considerarse que el art. 41 LM enumera una lista abierta de acciones entre las que cabría tal acción meramente declarativa. Pero entiendo que ese pronunciamiento debe ser relativo a la infracción que se haga en el tráfico económico entre el que no se ha de incluir la mera solicitud de registro de una marca".

Aunque el Tribunal Supremo, en St. de 22 de enero de 1999, reputó objetivamente contrario a las exigencias de buena fe (art. 5 LCD) la solicitud de un registro e implícitamente consideraba que se trataba de un acto realizado en el mercado, la sentencia de 10 de Febrero del 2009 (ROJ: STS 592/2009) establece:

"Cualquiera que sea el juicio de valor que merezca, desde otros puntos de vista, es lo cierto que el relatado comportamiento de la demandada no entra en la previsión hipotética del artículo 5En definitiva, no cabe considerar perturbador para el correcto funcionamiento del mercado lo que constituye una mera reclamación, deducida ante el órgano competente para atenderla o denegarla, siempre conforme al principio de legalidad y con posible control jurisdiccional, de la atribución de un derecho sometida a un régimen legal específico depurador de las irregularidades de que la solicitud adolezca.

Ni siquiera permiten otra conclusión las circunstancias valoradas en la sentencia recurrida, pues al margen de su significación en relación con lo apuntado, no hay que olvidar que la deslealtad declarada presupone, conforme al artículo 2.1 de la misma Ley , que el acto tenga trascendencia externa en el mercado - sentencias de 20 de marzo de 1.996, 15 de abril de 1.998, 17 de julio de 1.999, 6 de febrero de 2.001 -, esto es, en el ámbito de confluencia de las leyes de la oferta y la demanda - sentencia de 19 de mayo de 2.008 -, lo que no acontece con la iniciación del procedimiento administrativo que puso en marcha la demandada."

Pues si no se predica por el Alto Tribunal "trascendencia externa en el mercado" de

la solicitud de una marca, debe concluirse que tampoco puede considerarse esta solicitud como un "uso en el tráfico económico" en el sentido que establece el ius prohibendi descrito en el art. 9 RMC.

Se ha de desestimar esta solicitud.

Igualmente ha de desestimarse la solicitud de declaración de nulidad de un nombre de dominio. Respecto a los mismos, cabe declarar que infringen un determinado derecho de propiedad industrial y condenar a su cese, pero no su nulidad. Así se hará en el fallo ordenando la cancelación, pero no es dable tampoco en este caso hacer advertencia al organismo gestor de imposibilidad de registrar nuevamente tal nombre a favor de las demandadas o cualquier otra entidad.

UNDÉCIMO.- Acciones por competencia desleal.

Interesa la actora que se estime la actuación desleal en el ejercicio de la competencia por parte del demandado, por infracción del art. 5, 11 y 12 LCD.

Es compartida por este juzgador la doctrina enseñada por la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en torno al deslinde que debe efectuarse entre las normativas sobre protección jurídica específica de los derechos de propiedad industrial en sentido estricto y la propia de competencia desleal. Cabe citar al efecto el Auto dictado por la secc. 15ª de AP de Barcelona de 21 de noviembre de 2001, la citada sentencia de la misma Audiencia de Barcelona de 4 de junio de 1998 y la sentencia dictada por el Juzgado de Marca comunitaria nº 1 de 21 de diciembre de 2005.

No cabe desconocer la relación existente entre la regulación de la competencia, en sus diversas manifestaciones, y los derechos subjetivos de exclusiva, así como la posibilidad de que la ley de Competencia Desleal, proyecte su protección complementaria sobre situaciones que, en todo o en parte, no obtengan de la legislación especial un específico título de protección (STS de 13 de junio de 2006). Profundizando en tal idea de no considerar la protección que otorga la Ley de Competencia desleal como alternativa, duplicadora de la protección específica del modelo, tiene relevancia reproducir la sentencia del Alto Tribunal de 4 de septiembre de 2006 (aunque referida a modelos industriales): "En concreto, aunque el art. 11 de la ley 3/1991 rechaza expresamente la ilicitud de una libre imitación de prestaciones empresariales ajenas cuando estén amparadas por un derecho de exclusiva(1) y cuando sea desleal (2 y 3), ello no significa que tal precepto desplace a su ámbito, sustituya o duplique la protección específica que a la propiedad industrial reconocen las leyes especiales que la regulan".

A) En cuanto a la vulneración del art. 5 LCD. Debe recordarse que el precepto no formula un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas que le siguen (en las que se tipifican los actos de competencia desleal en particular) sino que establece una norma en sentido técnico de la que se derivan deberes jurídicos precisos para los particulares. Juega como válvula de autorregulación del sistema y permite que circunstancias en un momento extravagantes a los tipos particulares puedan quedar sometidas al control de deslealtad concurrencial.

Por otra parte, también es preciso excluir la idea de que la cláusula general pueda servir de acomodo para considerar desleales conductas que habiendo sido objeto de especial consideración por el legislador al desarrollar los diversos ilícitos concurrenciales no sean susceptibles de ser integradas en ninguno de los concretos tipos de actos de competencia desleal.

Como ya expuse en la sentencia dictada en 2 de abril de 2007: “En un sistema que acepta la economía de mercado y la libre competencia como criterios generales de actuación la tipificación de conductas susceptibles de ser consideradas como conculcadoras de la libre competencia debe responder a un criterio de especialidad y tipicidad que excluye una interpretación extensiva de las normas sobre competencia desleal lo que excluye que la cláusula general pueda convertirse en un fácil instrumento para sancionar conductas no expresamente tipificadas, como si se tratara de una antijuridicidad atípica de menor grado.”.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es posible apreciar la realización de un acto de

competencia desleal dentro de la cláusula general del art. 5 LCD puesto que los hechos a que se refiere el actor (imitación, asociación, confusión, aprovechamiento) tienen perfecta cabida en otros ilícitos concurrenciales específicamente previstos por la Ley.

B) En cuanto a la infracción del art. 11 y 12 LCD.

En base a lo advertido al principio de este fundamento, no es admisible duplicar la protección que para los signos establece el legislador y habiendo examinada su infracción a la luz de la normativa marcaria, no procede estimar la acción amparada en el art. 12 LCD ni en el art.11 LDC. Respecto de este último precepto, se alega como actuación complementaria a la infractora de las marcas de la actora, la decoración del establecimiento. El estilo decorativo oriental y la publicidad de un menú de "fusión", no pueden ser monopolizados por la actora siendo además como es notorio que es común en el sector de la restauración.

Por lo anterior, pese a no entender prescrita la acción por competencia desleal habida cuenta de los requerimientos efectuados, esta debe de desestimarse.

DÉCIMOSEGUNDO.- En cuanto a la indemnización por daños y perjuicios.

La realidad del daño ha de ser probada para que proceda la condena a su resarcimiento, pero esa prueba no es precisa cuando ex re ipsa resulte evidenciada, como una consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado o cuando la propia norma anuda la consecuencia resarcitoria a la sola actuación antijurídica. (St. AP Barcelona, secc.

15º, de 24 de septiembre de 2003). Existen determinados perjuicios inherentes a puntuales infracciones que devienen automáticos y que la sola comisión del ilícito determina su existencia «como un fatal o necesario agravio de los intereses del acreedor» (SSTS de 30 de marzo y 9 de mayo de 1998 de 7 de diciembre y 10 de octubre de 2001 y 23 de febrero de 1998 y otras como la de 10 de octubre de 2001 y 23 de diciembre de 2004).

La doctrina indemnizatoria ex re ipsa, realmente ha sido introducida por el legislador cuando, en determinados casos, estima procedente la indemnización de daños y perjuicios, empleando expresiones como «en todo caso» o «sin necesidad de prueba alguna». Por ejemplo, en la situación contemplada por el artículo 42.1 de la actual LM, que establece que: “Quienes, sin consentimiento del titular de la marca, realicen alguno de los actos previstos en las letras a) y f) del art. 34.3, así como los responsables de la primera comercialización de los productos o servicios ilícitamente marcados, estarán obligados en todo caso a responder de los daños y perjuicios causados”. O en el art. 43.5 LM: “El titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente, tendrá, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna, derecho a percibir, en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1 por ciento de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados.”.

De acuerdo con tales preceptos la demandante solicita indemnización correspondiente al lucro cesante (licencia hipotética aplicando un royalty de 4,5% de la cifra de negocio obtenido por la demandada desde junio de 2003 hasta agosto de 2009, menos 20.000 euros satisfechos), por daño a la imagen la misma cuantía resultante y, subsidiariamente, 1% de la cifra de negocios obtenida por la demandada.

Contamos con una pericial contable efectuada por el Sr. Andreu Llopez (perito designado judicialmente) detallada y completa en cuanto al examen de la contabilidad de la demandada que concluye que esta ha obtenido una cifra de negocio con la actividad identificada con los signos infractores desde el mes de junio de 2003 hasta abril de 2009 de 9.896.644,67 euros. En el juicio, extrapolando los datos de mayo-agosto 2008 y reduciéndolos en 20%, el perito completó esta cifra hasta el mes de agosto de 2009 adicionado 326.258,61 euros.

Debe advertirse de la consideración hecha al examinar el incumplimiento del pacto alcanzado en su día. Este sí que produce efectos de cosa juzgada sobre las infracciones que se hubieran cometido con anterioridad a él y hasta los dos meses posteriores (agosto de 2004), por lo que habrá de detraerse la cifra de negocios obtenida en 2003 (1.033.421,80 euros) y el primer semestre de 2004 (896.346,90 euros). Consecuentemente, no habrá de detraerse los 20.000 euros abonados en su día como compensación por tal periodo.

Por otro lado, en cuanto a la indemnización por lucro cesante basada en la regalía hipotética, no es admisible atender a mayores porcentajes (4,5 % propuesto por el perito) cuando en el procedimiento se cuenta con el referente de una licencia dada por la actora consistente en 3%. Este será el aplicable.

No obstante, debe atenderse a la notoriedad, prestigio y escasas licencias de la marca acreditado ello por las documentales incorporadas a los autos (no habiéndose acreditado, por los comentarios en un foro de partícipes anónimos, que los servicios prestados por la demandada fueran de una calidad inferior que hiciera desmerecer la imagen que de la actora tuviere el consumidor). De acuerdo con ello, no procede duplicar la indemnización resultante (por daños al prestigio) pero sí aplicar un 1,5% más al 3% señalado más arriba.

Por tanto, resulta una cifra de negocio por el periodo comprendido entre agosto de 2004 y agosto 2009 de 9.189.481,48 euros. Aplicado el 4,5% resulta: 413.526,66 euros.

DÉCIMOTERCERO.- En cuanto al cambio de denominación social de la actora que se advirtió, no debe de considerarse esta como una sucesión procesal en el sentido del art. 17 LEC y no debe afectar a su legitimación en este proceso.

DÉCIMOCUARTO.- Estimada parcialmente la demanda, conforme al art. 394 LEC, procede no efectuar condena en costas.

De acuerdo con el art. 576 LEC, cantidad objeto de condena devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha esta resolución.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al presente caso.

FALLO

Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda formulada por el Procuradora Sr. Tormo Moratalla en nombre y representación de la Mercantil George V Restauration Societe Anonyme (ahora GEORGE V EATERTAINMENT SOCIETA ANONYME) y:

DECLARO:

1) Que los usos llevados a cabo por GALAXY RESTAURACIÓN S.L. de los signos BUDDHA BARCELONA, BUDA Barcelona, BUDA BARCELONA y la imagen de Buda sola o seguida de la denominación Barcelona o restaurante, para distinguir el restaurante sito en calle Pau Clarís de Barcelona infringe las marcas comunitarias Nº 329.870 y 2.695.005.

2) Que el registro y explotación del nombre de dominio "budarestaurante.com" infringe las marcas comunitarias Nº 329.870 y 2.695.005.

3) Que GALAXI RESTAURACIÓN S.L. ha incumplido las obligaciones esenciales del acuerdo transaccional suscrito en fecha 10 de junio de 2004.

CONDENO a GALAXY RESTAURACIÓN S.L. A:

1) A cesar en cualquier uso en el tráfico económico de de los signos BUDDHA

BARCELONA, BUDA Barcelona, BUDA BARCELONA y la imagen de Buda sola o seguida de la denominación Barcelona o restaurante, para distinguir el restaurante sito en calle Pau Clarís de Barcelona.

2) A cesar en la explotación y eliminar el contenido de la página web www.budarestaurante.com, cancelando tal nombre de dominio.

3) A retirar a su costa cualquier material publicitario en el que consten los signos infractores.

4) Con este pronunciamiento sobre infracción marcaría, se condena a GALAXY RESTAURACIÓN S.L. a dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en el acuerdo transaccional de fecha 10 de junio de 2004.

5) Se condena a GALAXY RESTAURACIÓN S.L. a pagar a la actora la cantidad de 413.526,66 euros. A tal cantidad se aplicará el interés legal del dinero desde la fecha de esta resolución incrementado en dos puntos hasta su completo pago.

Se hace expreso apercibimiento de multa coercitiva no inferior a 600 euros por cada día de retraso en el cumplimiento efectivo de las cesaciones que aquí se acuerdan, y cuyo importe y día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar se fijará en ejecución de sentencia.

Se desestima la demanda en todos los pedimentos no expresamente recogidos en este fallo.

DESETIMO la demanda respecto de RIWANCHA S.L.

No se efectúa condena en costas respecto de la demanda interpuesta contra GALAXY RESTAURACIÓN S.L.

Se condena a la actora al pago de las costas generadas por su demanda contra RIWANCHA S.L., en rebeldía.

Notifíquese esta resolución a los interesados. Una vez Firme la misma, líbrense los mandamientos oportunos de cancelación al organismo correspondiente encargado de gestión de la páginas web y nombres de dominio (a los efectos de lo acordado en el apartado CONDENO, 2) de este fallo).

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALICANTE (artículo 455 LECn).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn).

*Conforme a la disposición adicional decimoquinta de la ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre,

complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, NO SE ADMITIRÁ A TRAMITE NINGUN RECURSO SIN LA PREVIA CONSTITUCIÓN DE DEPOSITO EN LA CUENTA DE DEPOSITOS Y CONSIGNACIONES DE ESTE JUZGADO, de **25 euros** para la interposición de recursos contra resoluciones que no pongan fin al proceso ni impidan su continuación dictadas por el Juez, Tribunal y/o Secretario Judicial; **50 euros** si se trata de recurso de apelación contra sentencias o autos que pongan fin al proceso o impidan su continuación; y **30 euros** si se trata de recurso de queja.

Queda excluida de la consignación la formulación del recurso de reposición previo al de queja, así como cualquier recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los Organismos autónomos dependientes de todos ellos y quienes tengan reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita.

La exigencia de este depósito es compatible con el devengo de la tasa exigida por el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Al efectuar el ingreso deberá hacerse constar en el campo referido al concepto: "Depósito por Recurso", seguido del código y tipo concreto de recurso de que se trate.

Si el ingreso se efectúa mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso deberá indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente separado por un espacio.

Si se recurriera simultáneamente más de una resolución que pudiera afectar a la misma cuenta expediente deberán hacerse tantos ingresos diferenciados como resoluciones a recurrir, indicando igualmente en el concepto el tipo de recurso de que se trate y añadiendo la fecha de la resolución objeto de recurso con el formato dd/mm/aaaa.

EN TODO CASO DEBERA ACREDITAR HABER CONSTITUIDO EL DEPOSITO MEDIANTE LA PRESENTACIÓN, JUNTO CON EL RECURSO, DE COPIA DEL RESGUARDO U ORDEN DE INGRESO.

La consignación se efectuará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en este Juzgado. **Nº DE CUENTA: 2732 0000 85 (Nº DE DEMANDA) (AÑO).**

Así por esta mi sentencia, de la que se llevan testimonio a los autos principales, juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

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