

JUZGADO MERCANTIL NÚMERO 7 DE BARCELONA

**Gran Vía de Les Corts Catalanes número 111, Edificio C, Planta 12.
08014-Barcelona**

Procedimiento Juicio Ordinario 456/2014.

Demandante : Associacio Catalana D'Entitats De Salut (Aces)

Procurador :

Letrado :

Demandado : Barna Clinic S.A. y Hospital Clinic de Barcelona.

Procurador :

Letrado :

SENTENCIA N° 83-2015

En Barcelona a 22 de Abril de 2015.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación de la entidad Associacio Catalana D'Entitats De Salut, se interpuso demanda de juicio ordinario frente a las entidades Barna Clinic S.A. y Hospital Clinic de Barcelona.

Segundo.- Mediante Decreto de 13 de Junio de 2014, se admitió a trámite la demanda interpuesta.

Tercero.- Por el Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación de Hospital Clinic y de Barna Clinic S.A., se presentó escrito de contestación a la demanda.

Cuarto.- Por Auto de 19 de Noviembre de 2014, se tuvo por desistida a la parte demandante A.C.E.S. en la parte relativa a las acciones sobre defensa de la competencia, decretando el sobreseimiento respecto a estas acciones y acordando la continuación del procedimiento respecto a las acciones competencia desleal.

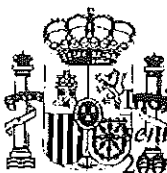
FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Análisis de la Excepción de Falta de Legitimación activa opuesta por las codemandadas.

Alegan las codemandadas que concurre la excepción de falta de legitimación activa de la entidad actora, dado que no consta el acuerdo válidamente adoptado por la asociación para interponer la demanda.

El artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

JUZGADO MERCANTIL NÚMERO 7 DE BARCELONA	
RECEPCIÓ	NOTIFICACIÓ
30 -04- 15 / 04 -05- 15	
APM 101.1	E.B.C. 1/2000



Insca la STS 713/2007, de 27 junio (Pte. Excmo. Sr. Marín Castán), con cita de la Sentencia de la misma Sala de 28 de febrero de 2002 (recurso núm. 3109/96 [RJ 2002\3513]), que la legitimación "consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar" y exige "una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido", según las SSTs 31-3-97 (RJ 1997\2481) y 28-12-01 (RJ 2002\2874) que se citan en la misma.

De la documental número 2 del escrito de demanda, se colige que la entidad Associació Catalana d'Entitats de Salut, es una asociación de entidades constituida al amparo de la Ley 19/1977 de 1 de Abril, siendo una asociación de entidades proveedores de servicios de asistencia sanitaria, sociosanitaria, de salud mental, social y de cualquier otro tipo de servicios asistenciales relacionados con los anteriores.

Según los estatutos de la referida Asociación, tiene por objeto social el asesoramiento, defensa y representación de sus asociados, procurando en todo momento la optimización de los métodos de trabajo y objetivos, atendiendo fundamentalmente a la promoción de sus intereses sociales, laborales, profesionales, formativos y culturales.

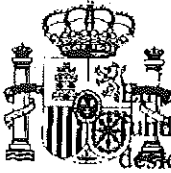
No obstante lo anterior, la entidad actora no aporta acuerdo alguno de sus asociados que acredite la voluntad de interponer las acciones de competencia desleal ejercitadas en el presente procedimiento. Se trata de un hecho que ha de ser aportado por la parte actora, ningún elemento probatorio ni alegación se realiza al respecto en el escrito de demanda. Por lo que debe estimarse que carece de legitimación activa para interponer la presente demanda.

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque ese motivo determinaría la desestimación de la demanda por sí solo, procederemos en los apartados jurídicos subsiguientes a analizar la concurrencia de los presupuestos jurídicos y fácticos alegados por la parte actora como sustento de sus pretensiones.

Segundo.- Análisis del ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal.

El artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal dispone que :

- "1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.
2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.
3. La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no."



El precepto que acabamos de transcribir se establecen los dos requisitos legales fundamentales para que un acto pueda ser considerado como acto de competencia desleal. A mayor abundamiento, la citada Ley en su Preámbulo viene a sentar que para que exista un acto de competencia desleal basta, en efecto, con que se cumplan las dos condiciones previstas en el párrafo primero del artículo anterior, a la sazón, a) que se trate de un acto dotado de trascendencia externa y b) que dicho acto tenga por finalidad promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Si dichas circunstancias concurren, el acto podrá ser perseguido en el marco de la nueva Ley, sin ser necesaria ninguna otra condición ulterior.

Por su parte el artículo 3.1 del mismo cuerpo legal establece que la ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.

Los referidos presupuestos que configuran el ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal, concurren en el presente caso, dado que nos encontramos ante el desarrollo de una actividad sanitaria en el mercado de la sanidad privada, que tiene trascendencia en el exterior y que se revela idóneo para promover la difusión en el mercado de las prestaciones propias.

Resulta evidente que existen fines concurrenciales, dado que con la operativa descrita se promueven servicios sanitarios entre pacientes del sector sanitario privado catalán.

Tercero.- Análisis de la naturaleza jurídica y estructura de Hospital Clínic y Provincial de Barcelona y de Barnaclinic S.A. .

De la documental número 5 acompañada al escrito de demanda, se colige que la entidad Barna Clinic S.A. es una sociedad constituida el 17 de Noviembre de 1989 con el nombre de Crio Barna S.A. . El capital social de dicha entidad está formado por 2.500 acciones de 60'10 euros cada una, cuya titularidad corresponde actualmente el 70% al Hospital Clínic de Barcelona y el 30% a la Fundació Clínic per a la Recerca Biomèdica.

Así mismo debe señalarse que conforme a la documental número 9 del escrito de contestación a la demanda, se colige que el Hospital Clínic y Provincial de Barcelona ha adquirido el 100 por cien de las acciones de Barnaclinic S.A. , tal como consta en la certificación de la Junta de Patronato del Hospital Clínic de 30 de Junio de 2014.

El Consejo de Administración de la entidad Barna Clinic S.A. está integrado por :

- _ Presidente : Don Josep María Piqué Badía.
- _ Consejeros : Don Josep Brugada Tarradellas y Fundació Clínic per a Recerca Biomèdica.
- _ Secretario no consejero : José Antonio Pérez Breva.
- _ Vicesecretaria no consejero : María Pilar González Rey.

La documental aportada como número 10 junto al escrito de demanda, pone de manifiesto que Don José María Piqué Badía es Director General del Hospital Clínic i Provincial de Barcelona y Presidente de la Fundación Clínic per a la Recerca Biomèdica, y que Don Josep Brugada Tarradellas es director médico del Hospital



Clinic y Provincial de Barcelona y vocal de la Fundación Clínic per a la Recerca Biomèdica. (Página 15 del documento número 10 del escrito de demanda).

El artículo 3.1 apartado d) del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece que forman parte del sector público, las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 30%.

De lo anterior, puede colegirse que la entidad Barna Clinic S.A. es una sociedad mercantil que forma parte del sector público conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de Noviembre, pero que no es Administración Pública al no ser encuadrable en el artículo 3.2 del mismo cuerpo legal y tampoco es poder adjudicatario al no poder encuadrarse en el artículo 3.3 de la Ley de Contratos del sector público. Así se colige también de la documental número 14 y 15 del escrito de contestación a la demanda.

La entidad Barna Clinic S.A. tiene por objeto la asistencia a los pacientes no financiados por el sistema público de salud y ofrecer prestaciones sanitarias no incluidas en el sistema público. (Así resulta de la página web de la entidad Barnaclinic, cuyos datos se acompañan como documental número 7 del escrito de demanda). Se trata por tanto de una sociedad que desarrolla una actividad privada con fines lucrativos.

La documental número 6 del escrito de demanda, consistente en el informe de la Sindicatura de Cuentas, permite inferir que el Hospital Clínic y Provincial de Barcelona fue creado en 1906 como hospital de beneficencia, bajo la dirección de una junta administrativa.

Dicha documental resalta que mediante Decreto de la Presidencia del Gobierno del 10 de Octubre de 1952 sobre el Hospital Clínic y Provincial de Barcelona, se atribuyó al Hospital Clínic funciones de carácter asistencial y docente y se creó la Junta de Patronato, como órgano rector del hospital.

Mediante Real Decreto 1267/2007 de 24 de Septiembre, se traspasaron las funciones y los servicios relativos al Hospital Clínic y Provincial de Barcelona de la Administración del Estado a la Generalitat de Cataluña, con efectividad a partir del 1 de Enero de 2008.

No pueden aceptarse las conclusiones del informe de la Sindicatura de Cuentas en relación a que el Hospital Clínic sería ahora un establecimiento público de naturaleza institucional sometido a la Ley de Ordenación Sanitaria. Y ello porque dichas conclusiones se basan en una mera hipótesis, que no tiene concordancia con la realidad. Afirma la Sindicatura de Cuentas que el Hospital Clínic actualmente no tiene una forma jurídica concreta en la página 9 del informe. No obstante, tales consideraciones no resultan admisibles, dado que conforme a la propia documental número 6 se colige que el Hospital Clínic tiene la naturaleza de un hospital de beneficencia. Así los Decretos de 10 de Octubre de 1952 y de 21 de Julio de 1955 le atribuyen la referida naturaleza.



Se señalarse que a partir de la Ley 2/2014 de 27 de Enero, el Hospital Clínic de Barcelona pasará a tener la forma de Consorcio una vez se publiquen sus correspondientes Estatutos en virtud de la Disposición Transitoria Cuarta de la citada Ley. Algo que hasta el momento, no consta que se haya producido.

Tal como resulta de la página web del Hospital Clínic, el mismo es un hospital universitario que desarrolla su actividad en base a un modelo asistencial formado por 11 institutos, siendo una organización de carácter público que pretende "ofrecer a sus clientes una atención sanitaria más eficiente y nuevos y mejores productos sanitarios, farmacológicos, terapéuticos y tecnología de última generación".

El órgano de gobierno del Hospital Clínic es la Junta de Patronato, constituida por la Generalitat de Catalunya y por el rector de la Universidad de Barcelona. (Así resulta de la página 8 del informe de Sindicatura de Cuentas de Catalunya).

El Hospital Clínic está integrado en el sector público conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1 apartado h) del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de Noviembre, pero no es Administración Pública al no poder encuadrarse en el artículo 3.2 del mismo cuerpo legal.

Recordemos que el artículo 3.1 apartado h) del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de Noviembre, dispone que se considera que forman parte del sector público, cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Así mismo y en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.3 apartado b) de la Ley de Contratos del Sector Público, debe considerarse que el Hospital Clínic es un poder adjudicador. Y ello porque se considerarán como tales, todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Cuarto.- Análisis de la vinculación entre la entidad Barnaclinic S.A. y el Hospital Clínic y Provincial de Barcelona.

Entre la entidad Barnaclinic S.A. y el Hospital Clínic existe una estrecha vinculación que se pone de manifiesto en los siguientes hechos :

1) El Hospital Clínic ostenta el 70% de las acciones de Barnaclinic correspondiendo el 30% restante a la Fundació Clínic per a la Recerca Biomèdica. Resultando éste hecho de la documental obrante en autos, pero estando en cualquier caso exento de prueba al ser un hecho reconocido por las partes intervinientes en el litigio.



A partir de la certificación del Registro Mercantil de Barcelona, de la página web del Hospital Clinic y del informe de la Sindicatura de Comptes de Catalunya, se infiere que el domicilio social de la entidad Barnaclinic es la calle Villarroel 170 de Barcelona, que a su vez coincide con el domicilio de del Hospital Clinic de Barcelona.

3) Según consta en la página 59 del informe de la Sindicatura de Cuentas de Catalunya, Barnaclinic ha cedido el uso del inmueble sito en calle Roselló número 132, sexto-segunda al Hospital Clinic.

4) En la página web de la entidad Barna Clinic, tal como resulta del acta notarial acompañada como documento número 7 del escrito de demanda, puede comprobarse que se hacen numerosas referencias a la vinculación de recursos humanos y materiales del Hospital Clinic, así :

_ "Barnaclínic es la entidad del Hospital Clínic de Barcelona, responsable de la asistencia a los pacientes no financiados por el sistema público de salud, y de ofrecer prestaciones sanitarias no incluidas en el sistema público."

_ "Barnaclinic aspira a ser el referente de asistencia privada en patologías de alta complejidad. Como parte integrante del Hospital Clínic, pone a disposición de los pacientes todo su conocimiento, la experiencia acumulada de sus profesionales, 100 años de investigación básica y clínica, y las tecnologías más avanzadas para garantizar la prevención, predicción, diagnóstico y tratamiento personalizado con los mejores resultados".

_ "Un total de 242 médicos del Hospital Clínic de Barcelona desarrollan su labor asistencial privada en Barnaclinic, profesionales de reconocido prestigio en más de 50 especialidades médico-quirúrgicas forman un equipo multidisciplinar e integrado capaz de resolver cualquier problema de salud."

_ "Con 373 investigadores acreditados y 700 profesionales dedicados a la investigación, el Hospital Clinic de Barcelona se consolida como primer centro español y décimo europeo en investigación biomédica de Europa. En este sentido, Barnaclinic se suma al compromiso que tiene el hospital con la necesidad de establecer una investigación aplicada que revierta de manera rápida y directa a la sociedad, trasladando nuevos tratamientos fármacos e innovaciones tecnológicas a la práctica clínica."

5) Barnaclinic S.A. presta servicios en el campo de la sanidad privada a pacientes no cubiertos por el sistema público de salud y ofrece prestaciones sanitarias no incluidas en el sistema público. Factura los servicios según las tarifas aprobadas por la Junta de Patronato del Hospital. Utiliza, a cambio de un alquiler, infraestructuras del Hospital Clinic y Provincial de Barcelona con una sala de hospitalización, y el edificio de consultas externas de calle Roselló número 161, cuyo uso está restringido para Barnaclinic por las tardes. (Así resulta a partir de la documental número 8 aportada junto al escrito de demanda, consistente en la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de Barcelona el 28 de Junio de 2013 en el marco del procedimiento 1218/2012).



El órgano de gobierno de la Fundación Privada Clínic per a la Re-cerca Biomèdica está integrado por siete miembros, de los cuales el Hospital Clínic designa a 3, la Universidad de Barcelona a dos y otros dos son designados conjuntamente por ambas entidades.

7) El órgano de gobierno de la Fundación Privada de Trasplantes está integrado por cinco miembros, todos ellos representantes del Hospital Clínic.

Quinto.- Análisis de la acción de competencia desleal entablada ex artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal.

El artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal establece que debe reputarse desleal, todo comportamiento que sea objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Establece en definitiva un límite jurídico al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica en el mercado, esto es, un derecho de acceso al ámbito de desarrollo de la iniciativa económica privada sobre producción e intercambio de bienes y servicios en concurrencia con otros, derecho que no puede ejercitarse a través de determinados comportamientos, considerando especialmente vetados los que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas en el mercado.

Dicho deber de buena fe, se traduce en una exigencia ética significada por los valores de la honradez, la lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y el atenerse a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena. Pero esta atención a los límites éticos de carácter general ha de entenderse subordinada a las exigencias directamente derivadas del principio de competencia económica, pues no debe reprimirse con el mero apoyo de límites éticos una conducta "que se revele concurrencialmente eficiente, que promueve las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado" y, desde luego, sin lesionar otros bienes o derechos y dentro del ámbito de vigencia y protección del derecho de libertad de empresa.

La jurisprudencia configura la modalidad del ilícito en el sentido de que el precepto se refiere a la buena fe objetiva, prescindiendo de la intencionalidad -dolo o culpa- del sujeto, que se recoge con carácter general en el art. 7.1 del Código Civil como límite en el ejercicio de los derechos subjetivos, conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y ateniéndose a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena.

Se trata de establecer un límite jurídico al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica en el mercado, esto es, un derecho de acceso al ámbito de desarrollo de la iniciativa económica privada sobre producción e intercambio de bienes y/o servicios, al ámbito de desarrollo de actividad productiva por cuenta ajena o propia, derecho que no puede ejercitarse a través de determinados comportamientos que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado o las libres formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado.



Como hemos puesto de manifiesto en el fundamento jurídico anterior, la entidad Barnaclinic S.A. tiene por objeto la asistencia a los pacientes no financiados por el sistema público de salud y de ofrecer prestaciones sanitarias no incluidas en el sistema público.

La documental número 9 del escrito de demanda consistente en el informe pericial de [redacted] es así como la documental número 10, afirman que la entidad "Barnaclinic S.A. compete en el mercado de los hospitales privados sin estar sometida ni a los mismos riesgos ni a los mismos costes que el resto de competidores". Dicha ventaja competitiva la sustenta en los siguientes extremos :

- 1) Barnaclinic S.A. dispone mediante alquiler de unos equipos como los de Hospital Clinic, sin tener el riesgo en los activos inmovilizados ni tener que invertir en ellos, pudiendo alquilarlos en función de las necesidades y pacientes que tenga.
- 2) No tiene riesgo de inversión en existencias dado que dispone de las que tiene la entidad Hospital Clinic, utilizándolas según las necesidades coyunturales de pacientes y no estando sometida a inversiones o gastos por almacenamiento de existencias.
- 3) Al no necesitar invertir en inmovilizado, ve reducido exponencialmente las deudas con terceros, así como el riesgo de pérdidas dado que sus costes serán esencialmente variables disponiendo de las instalaciones y recursos del Hospital Clinic según las necesidades y pacientes que tenga, pero sin tener que realizar una inversión adicional en inmovilizado ni generar gastos por amortización.

No obstante las referidas pruebas documentales adolecen de precisión y consistencia al no analizar de forma precisa el mercado en el que operan la entidad Barnaclinic S.A. y las entidades defendidas por la parte actora.

Las conclusiones del informe pericial de [redacted] aparecen lastradas, al establecer una serie de conclusiones sin analizar la concreta forma jurídica que cabe predicar respecto al Hospital Clínic y a Barnaclinic. El referido informe pericial omite referencias a la concreta clasificación jurídica que resulta atribuible al Hospital Clínic de Barcelona en virtud de la Ley de Contratos de Sector Público. No entra a analizar la concreta normativa que resultaría aplicable en virtud de esa Ley de Contratos del Sector Público y derivado de esa omisión, extrae una serie de conclusiones que no tienen encaje con la realidad jurídica predicable a la relación entre Hospital Clínic y Barnaclinic S.A. .

Igualmente debe señalarse que el informe del perito [redacted] realiza un relato genérico y sin suficiente consistencia, dado que no analiza la incidencia que sobre la disponibilidad de recursos materiales tiene el hecho de que la entidad Barnaclinic S.A. forme parte de un grupo empresarial donde el Hospital Clínic sería la entidad matriz. Las conclusiones del informe pericial y las alegaciones de la parte actora resulta sorprendentes. Sobre todo si tenemos en cuenta que en la propia demanda, se reconoce la especial vinculación existente entre el Hospital Clínic y la entidad Barnaclinic S.A. , describiéndola según el relato fáctico como un grupo empresarial en el que se integra la entidad Barnaclinic S.A. .

Debemos hacer mención al respecto que el artículo 42 del Código de Comercio



Se pone que existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

Del informe pericial aportado por las partes demandadas, informe de _____ de 31 de Octubre de 2014, se determina que el Hospital Clinic es la sociedad dominante del grupo al que pertenece Barnaclinic S.A. . Conclusión que se sustenta en una base objetiva, al tener el Hospital Clinic la mayoría de acciones y no existir una limitación a los derechos de voto. Sustentando también sus conclusiones en la norma de valoración 4.15 de las cuentas de Barnaclinic 2012, donde se establecen como entidades del grupo : Hospital Clinic y Fundación Clinic per a la Recerca Biomèdica.

Tal como se expone en el informe pericial de _____, las sinergias más significativas de la estructura de grupo en el que se integra Barnaclinic S.A. radican en :

- a) Compartir infraestructuras, Barnaclinic opera utilizando las instalaciones del Hospital Clinic, pagando un alquiler por las mismas.
- b) Compartir un reconocimiento de marca y el prestigio del Hospital Clinic.
- c) Disminuir los costes unitarios, a partir de la capacidad de compra del grupo.

En el informe pericial de _____ se construye un análisis obviando la realidad del grupo Clínic, y conceptuando a la entidad Barnaclinic S.A. como una entidad mercantil ajena y sin relación ni vinculación alguna con el Hospital Clinic. A partir de ahí, se traza una argumentación que genera un confuso análisis de la realidad y cuyas conclusiones no son aplicables en modo alguno a la realidad jurídica que determina la consideración de Barna Clinic y Hospital Clinic como un grupo empresarial.



Informe pericial aportado como documento número 9 del escrito de demanda y la documental número 10, omite un análisis pormenorizado de la documental número 13.1 a 13.6 del escrito de contestación a la demanda y consistente en el Convenio Marco por el que se regulan las relaciones entre Hospital Clinic y Barnaclinic S.A. . En la documental 13.1 del escrito de contestación a la demanda, se asevera expresamente que la entidad Barnaclinic S.A. es una entidad vinculada a Hospital Clinic y que tendrá la condición de medio propio instrumental del Hospital Clinic. Se determinan así mismo las reglas de relación y operativa a desarrollar entre el Hospital Clinic y Barnaclinic S.A. . De esas consideraciones prescinde el referido informe pericial, presentando a la entidad Barnaclinic S.A. como una sociedad ajena al Hospital Clinic que se vería favorecida por una serie de privilegios que el Hospital Clinic, mediante utilización de recursos públicos destinados a una entidad privada, haría posible. Algo que nada tiene que ver con la realidad.

Debe señalarse así mismo que pretende la actora sustentar, la existencia de actos contrarios a la buena fe objetiva en unos informes periciales, que no analizan la incidencia de la operativa desarrollada por Barnaclinic S.A. en el mercado. No se establece siquiera un paralelismo con los precios o tarifas ofertados por el resto de entidades sanitarias privadas, ni se realiza estudio sobre el sector de mercado en el que operan cada una de las referidas entidades. Sin tales datos , resulta imposible determinar si la entidad Barnaclinic S.A. y Hospital Clinic, realizaron actos contrarios a las exigencias de buena fé, que además restringiesen o eliminasen la competencia. Tampoco se analiza el supuesto impacto de la operativa de Barnaclinic S.A. y Hospital Clinic, sobre el resto de entidades sanitarias privadas. No se acredita caso alguno de entidades que no hayan podido entrar en el mercado sanitario en el que opera Barnaclinic S.A. , ni tampoco se hace referencia a perjuicio concreto alguno, disminución de ingresos o disminución de clientela que hayan tenido el resto de entidades sanitarias privadas, como consecuencia de la actividad sanitaria privada desarrollada por Barnaclinic S.A. .

Mientras que en el informe pericial de la entidad de 31 de Octubre de 2014, se refleja que la actividad de Barnaclinic S.A. se centra en dos tipos de pacientes (1 Pacientes que teniendo a ser derecho a financiados por el sector público prefieren recuniciar a él y ser tratados por el sistema privado 2 Pacientes que no tienen derecho a ser financiados por el sistema público de salud, preferentemente extranjeros), el informe pericial de : prescinde del análisis de dichos extremos. No se hace referencia concreta ni pormenorizada al mercado sanitario privado concreto en el que operan las entidades representadas por la actora ni sobre la tipología de clientes a los que irían dirigidas sus prestaciones sanitarias, y pese a ello pretende establecer una afirmación apriorística sobre actos contrarios a la buena fé que restringirían la competencia.

Unido a lo anterior, debe destacarse que las afirmaciones genéricas de la actora, aparecen enervadas a partir del informe pericial de de 31 de Octubre de 2014. Dicho informe pericial parte de un análisis preciso y exhaustivo que estudia una muestra de 47 intervenciones facturadas por BarnaClinic S.A. (45 de ellas) a un precio superior al precio de mercado. Teniendo en cuenta la referida muestra, no se entiende en qué medida la actividad en el mercado de Barnaclinic S.A. habría ocasionado un efecto restrictivo de la competencia mediante actos contrarios a la buena fe. Ningún dato aporta la parte actora, que contradiga dicha realidad objetiva.



Al margen de meras alegaciones genéricas y afirmaciones superfluas.

Por otro lado, no pueden acogerse las pretensiones de la actora en relación a que las demandadas ejerciten actos objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe. Se trata de una alegación vaga e imprecisa en la que se mezclan imputaciones de hechos y circunstancias, que la actora pretende incardinar de manera simultánea en los artículos, 4, 6, 12 y 15 de la Ley de Competencia Desleal. Cuando en realidad el hecho del artículo 4, configura un tipo autónomo respecto al resto de actos que no resulten incardinables en el resto de tipología de actos de competencia desleal.

Como es sabido, la Ley de Competencia Desleal se estructura con una cláusula general de deslealtad y una enumeración en los artículos 6 a 17 de una serie de actos desleales tipificados. Esa idea condiciona la aplicación práctica de la cláusula general, pues a pesar de ser norma sustantiva, son relativamente escasas las sentencias de los tribunales cuya ratio decidendi del fallo sea la aplicación de este artículo 4. Las razones son varias y entre ellas, la seguridad jurídica. Resulta improcedente acudir a la cláusula general del artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal para combatir conductas que estén tipificadas en otras disposiciones. La consecuencia es clara, incardinar la conducta en el artículo 4, implica descartar previamente los artículos 5 a 17 de la Ley de Competencia Desleal. Algo que en ningún caso hace la actora, tratando de en base a los mismos hechos que alega, presentar de forma cumulativa la concurrencia del supuesto del artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal y al mismo tiempo los supuestos del artículo 6, 12 y 15 del mismo cuerpo legal.

Al margen de lo anterior, la actora realiza un relato impreciso basado esencialmente en tres pruebas documentales que carecen de consistencia suficiente para sustentar sus aseveraciones.

En primer lugar sólo a partir de una lectura parcial y subjetiva del informe número 11 del escrito de demanda, puede llegarse a la conclusión de que la realización de una actividad privada por una entidad pública puede resultar lesiva como regla para la competencia. Y mucho menos aún que en el presente litigio, la entidad Barnaclinic S.A. o el Hospital Clínic y Provincial de Barcelona, hayan realizado actos contrarios a las exigencias de la buena fe con un efecto distorsionador para la competencia en el mercado.

Debe señalarse en primer lugar que el objetivo de ese informe es "aportar una serie de argumentos de carácter económico, político y ético relativos a la utilización de los equipamientos públicos con finalidad privada en el campo de la asistencia sanitaria.". Se trata de un informe en cualquier caso general, que no entra a analizar pormenorizadamente en el caso concreto de Barnaclinic, si ésta entidad o el Hospital Clínic han realizado actuaciones contrarias a las exigencias de la buena fe en el mercado sanitario privado. No analiza de manera concreta y exhaustiva si las demandadas han incurrido en actos de competencia desleal ex artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal.

Unido a lo anterior, debe señalarse que en el referido informe en la página 47 se explicitan argumentos a favor de la prestación de servicios sanitarios privados por las entidades públicas. La demandante pretende hacer una lectura parcial de dicho informe, acudiendo a aquellos argumentos que son relatados en la página 49 del



Informe. No obstante, el riesgo de que puedan existir actos de competencia desleal en el referido sistema, no implica necesariamente que hayan de producirse en cualquier caso y mucho menos aún que en el presente litigio se hayan convertido en una realidad efectiva. Las conclusiones de la actora, llevarían al absurdo de considerar que como hay riesgos de actos de competencia desleal en el mercado, debe prohibirse la actividad económica en general, para que estos no se produzcan.

Se limita la actora a extraer párrafos de manera interesada del referido informe, sin conciliar los mismos con un análisis exhaustivo y no sesgado del mercado en el que opera Barnaclinic, de su verdadera naturaleza jurídica, de la normativa que le es aplicable y de la realidad de grupo empresarial en el que se integra Barnaclinic S.A. .

Interesadamente omite que en el propio informe que aporta como documental número 11, en la página 52 del mismo, se relata que "para el caso concreto que nos ocupa y a la vista de la naturaleza jurídica de la propietaria de la Sociedad Anónima participada, dentro de la tipología jurídica comentada anteriormente, no parece que existan problemas para la afectación de todos o parte de los bienes e instalaciones a la prestación de servicios sanitarios en régimen privado, en especial si este destino no va en detrimento del servicio público sanitario. No parece ser este el caso que nos ocupa..." . Las propias aseveraciones contenidas en la documental aportada por la actora, vienen a contradecir las afirmaciones parciales de la demandante edificadas en base a una argumentación confusa y defectuosa.

Las alegaciones de la actora aparecen huérfanas de soporte probatorio e inmersas en una evidente confusión de conceptos. Fiel prueba de ello, es que el informe documental número 3 que acompaña al escrito de demanda relativo a un informe de la Comisión Nacional de Competencia, en nada tiene que ver con el supuesto de autos. Mientras que el objeto de la presente litis versa sobre la realización de una actividad sanitaria privada por una entidad perteneciente al sector público, el informe de la Comisión Nacional de Competencia se centra justo en el supuesto contrario. Tal como se infiere de la página número 5 del informe, el objeto de estudio es la externalización de servicios sanitarios públicos, es decir un modelo de prestación pública gestionado por entidades privadas. A partir de ahí analiza los procesos de licitación de esos servicios sanitarios públicos. No resultando extrapolables las referidas conclusiones al supuesto objeto de litis, al no ser éste su objeto de análisis. Sólo a partir de una lectura interesada y en virtud de una evidente confusión terminológica puede llegarse a extrapolar al presente caso , las conclusiones del referido informe.

Debe destacarse así mismo que el informe pericial de no resulta siquiera orientativo para sostener las pretensiones de la parte actora, a razón de su evidente falta de objetividad e imprecisión debido a los siguientes motivos :

- a) Omite cualquier análisis o incidencia sobre la circunstancia de que la entidad Barnaclinic forma parte de un grupo empresarial y que su capital está en manos del Hospital Clinic.
- b) No realiza análisis jurídico alguno sobre la incidencia de la consideración del grupo empresarial en relación a la disponibilidad de medios materiales.
- c) En un análisis predeterminado y subjetivo, obvia dicha situación y equipara la



entidad Barnaclinic S.A. a una entidad ajena al Hospital Clinic, pese a que en el informe de Sindicatura de Cuentas que toma como base, se afirma que Hospital Clinic tiene una participación del 70% en la entidad Barnaclinic.

d) Ni el referido informe ni la demanda, realizan un análisis preciso sobre la incidencia que los supuestos actos de competencia desleal (en ningún caso acreditados a razón del análisis parcial e inconsistente realizado por la actora), habría tenido sobre el mercado sanitario y sobre la restricción de la competencia.

e) No se justifica de manera adecuada como las supuestas ventajas adquiridas por Barnaclinic S.A. habrían permitido ofrecer unas ventajas o atractivos en la oferta realizada a los eventuales pacientes, que les permitiera atraer a estos en detrimento del resto de clínicas sanitarias privadas que operan en el mercado. No se realiza una comparativa entre precios o tarifas ofertadas por otras entidades, ni en cualquier otro tipo de ventaja o privilegio ofrecido por Barnaclinic, que permita aseverar que mediante su relación con Hospital Clinic, se ha situado en una posición preeminente a la hora de ofertar servicios sanitarios.

f) Pese a que en la página 19 del informe documental número 9, se reconoce que las entidades sanitarias privadas representadas por la actora tienen un mercado con clientes que son aseguradoras y pagan más tarde, se obvia en el análisis tal extremo y se omite el hecho de que la entidad Barnaclinic S.A. tiene otro sector del mercado sanitario privado con clientes con alto poder adquisitivo y sin la correspondiente intervención de compañías aseguradoras.

g) De las documentales 22 a 25 del escrito de contestación a la demanda, se colige que la entidad Barnaclinic S.A. no centra su mercado en el sector sanitario privado catalán sino que tiene una proyección internacional. El informe aportado como documento número 9 prescinde de ese dato. Igualmente la demanda. Tales omisiones reflejan una notoria imprecisión, dado que se pretende afirmar que se están ejercitando actos de competencia desleal sin definir siquiera con carácter previo el mercado relevante en el que operan los supuestos infractores de la competencia.

h) El informe pericial de ofrece como realidad indubitada afirmaciones o datos base que no se corresponden con la realidad. Así define los riesgos de financiación como riesgos controlados, cuando en realidad los mismos dependen de la política empresarial de terceros o de entidades financieras. Define como riesgos controlados los riesgos de inversión, omitiendo variables como la respuesta de los consumidores. Igualmente en el análisis de riesgos derivados de la competencia, omite variables como el envejecimiento de la población, ampliación del mercado con nuevos productos, cambio de hábitos de los consumidores.... Circunstancias que son expuestas por el informe pericial de de 31 de Octubre de 2012.

i) El informe pericial de , al analizar de forma comparativa la cuenta de pérdidas y ganancias y demás datos contables en la actualidad y en un escenario hipotético al que denomina "sometida a los mismos riesgos que los hospitales de agudos", obvia de manera absoluta el hecho de que Barnaclinic S.A. pertenezca a un mismo grupo empresarial y por tanto omite las sinergias anteriormente descritas, derivadas de dicha realidad de grupo empresarial. Tales



omisiones provocan que las conclusiones del informe pericial aportado por la actora, sea incompleto y por tanto no pueda tenerse por suficientemente acreditativo de las pretensiones de la actora.

j) Tal como se colige de la página 22 del informe pericial de _____ de 31 de Octubre de 2012, se utiliza para realizar el ejercicio matemático contable de cuentas hipotéticas, empresas con datos heterogéneos no comparables con la entidad Barnaclinic S.A., haciendo referencia incluso a entidades como Teknon Healthcare S.L., dedicada a la adquisición y explotación de centros médicos y sin inmovilizado material.

l) El informe de _____ no tiene en cuenta la variabilidad de la proporcionalidad entre activos y ventas por servicios a lo largo del tiempo, a efectos de construir la realidad contable hipotética.

Frente a la imprecisión, inconsistencia y relación de datos inconexos que estructuran el informe pericial de _____, se alza el informe pericial de _____ que realiza un análisis y estudio detallado sobre el impacto de Barnaclinic en el mercado a través del precio y tarifas a las que ofrece sus servicios en relación al precio de mercado. El análisis de la referida variable constituye un dato de capital importancia, para sustentar conclusiones sobre la restricción de la competencia en datos fiables y no en meras conjeturas o hipótesis ideológicas. El informe pericial de _____ analiza así mismo el coste de mercado y el margen de mercado que resulta. Dichas circunstancias otorgan a dicho informe la máxima verosimilitud y objetividad.

La referida pericial aparece ratificada en el acto de la vista. No existiendo motivos para dudar de la verosimilitud e imparcialidad de sus aseveraciones. Los peritos _____, afirman sin género de duda alguna que Barnaclinic S.A. forma parte de un grupo empresarial y que su actividad no tiene efectos restrictivos para la competencia, dado que su segmento de mercado es reducido. Destacan que los clientes, en atención a las tarifas superiores al mercado que oferta Barnaclinic S.A., no acuden a dicha entidad por motivos económicos sino por el prestigio de sus profesionales. La referida afirmación resulta plenamente conciliable con lo declarado por los testigos

Y además las conclusiones al respecto del informe pericial de _____ no pueden ser más esclarecedoras. De 47 intervenciones analizadas entre los ejercicios 2012 y 2013, se facturaron 45 a un precio superior o muy superior al de mercado, duplicando, triplicando o cuadruplicando Barnaclinic S.A. el precio de mercado. Es por ello, que en modo alguno pueden tener acogida las pretensiones de la actora en relación a una supuesta restricción de competencia mediante actos contrarios a la buena fe, ejercitados por las demandadas. Deben desestimarse de plano las pretensiones de la actora al respecto.

Sexto.- Análisis de la acción de competencia desleal entablada ex artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal.

El artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal establece que se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las



instalaciones o el establecimiento ajenos. El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.

La finalidad de esa norma se encuentra en proteger al consumidor en su toma de decisiones en el mercado, y no puede desconocerse que la marca o signos pueden influir para que se decante por adquirir un concreto producto, ya que puede preferir uno a otro por la confianza que le reporte la marca como signo indicativo de un determinado origen empresarial del producto.

La STS 9 de diciembre de 2010 (ROJ: STS 7202/2010) lo expone en estos términos: " el tipo del artículo 6 responde a la necesidad de proteger la decisión en el mercado del consumidor, ante el peligro de que sufra error sobre el establecimiento que visita, la empresa con la que se relaciona o los productos o servicios objeto posible de sus contratos, como consecuencia de la apropiación, la aproximación o la imitación de los medios de identificación utilizados por otros participantes en aquel - sentencia de 20 de mayo de 2.010 -. Al mencionar la norma como objeto de la confusión del consumidor "la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos", se refiere el legislador a los medios de identificación o presentación de la empresa, de las prestaciones o de los establecimientos de otro agente económico en el mercado ".

Y sigue haciéndolo en estos términos: " También se proyecta sobre las creaciones formales, bien que reputadas, el artículo 12 - Sentencia de 19 de mayo de 2.008 -, mientras que el artículo 11 lo hace a la imitación de las iniciativas empresariales y de las prestaciones ajenas, entendidas éstas en el sentido de creaciones materiales - sentencias de 11 de mayo de 2.000, 7 de julio de 2.006 y 4 de marzo de 2.010 - ".

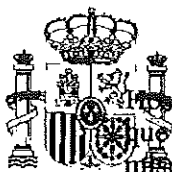
En el ámbito de la competencia desleal el riesgo de confusión tiene un carácter eminentemente práctico, de forma que no afecta exclusivamente a los signos enfrentados sino que alcanza a todas aquellas circunstancias susceptibles de crear una situación que objetivamente pueda inducir a confusión al consumidor sobre la procedencia empresarial de los productos. Por ello, no es descartable que pueda no existir infracción del derecho de marca y en cambio apreciarse la existencia de competencia desleal por confusión a la vista de todas las circunstancias concurrentes.

Y, por otra parte, a diferencia de lo que ocurre en el derecho de marcas, tampoco suponen un límite a la posibilidad de apreciar la confusión los principios de registro y especialidad. Es irrelevante si los signos se encuentran o no inscritos y no es estrictamente necesario que existan identidad o similitud de los productos o servicios, aunque cuanta mayor sea la proximidad entre ellos mayor será la posibilidad de apreciar el riesgo de confusión.

La valoración del riesgo de confusión debe hacerse desde la perspectiva del destinatario de los productos o servicios sobre los que se puede producir la confusión.

Sostiene la actora que la entidad Barnaclinic S.A. mediante la utilización de signos distintivos del Hospital Clinic, de instalaciones del Hospital Clinic y de recursos personales y materiales del Hospital genera una confusión en los pacientes.

No obstante el desarrollo argumental del escrito de demanda, parte de una premisa errónea que aparece contradicha por el propio escrito de demanda. Las entidades



Hospital Clinic y Barnaclinic S.A. no son dos entidades ajenas e independientes, sino que se encuentran estrechamente vinculadas hasta el punto de que forman parte del mismo grupo empresarial. Siendo la entidad Barnaclinic S.A. , la entidad instrumental bajo la cual el Hospital Clinic desarrolla su actividad sanitaria privada.

Se limita la actora a alegar un riesgo de confusión, sin llegar a concretar a qué se refiere ese riesgo de confusión. Prescinde en el desarrollo de su argumentación de una realidad que la propia actora afirma en su demanda, y es que la vinculación entre Barnaclinic S.A. y Hospital Clinic, refleja la existencia de un grupo empresarial.

Mediante un evidente ejercicio de distorsión de la realidad económica y empresarial de ambas entidades, las presenta como dos entidades completamente ajenas e independientes, para después construir un relato sobre la existencia de confusión al consumidor. Nada más lejos de la realidad. Ni existe elemento ajeno, ni en la operativa de Barnaclinic existe acto de confusión alguno, por la sencilla razón de que Barnaclinic S.A. y Hospital Clinic forman una única realidad empresarial.

Partiendo de lo anterior, no resulta posible apreciar la existencia de actos de confusión cuando se utilizan logotipos o signos distintivos que pertenecen al mismo grupo empresarial, dado que no se crea en el consumidor una creencia errónea sobre a quién pertenecen las prestaciones o quien es el verdadero prestador de servicios. Se trata del mismo grupo empresarial en cualquier caso, donde la entidad Hospital Clinic va a pasar a ostentar el 100 por 100 de las acciones de Barnaclinic S.A. . Las mismas consideraciones deben hacerse en relación a las referencias que se hacen en la página web de Barnaclinic S.A. respecto a Hospital Clinic y al hecho de que médicos del Hospital Clinic trabajen en Barnaclinic S.A. o se utilicen instalaciones de una entidad que pertenece al mismo grupo empresarial.

Ciertamente sorprendentes son las alusiones, a que el servicio de seguridad se preste de forma común para ambas entidades demandadas, o que figure en los presupuestos de la Generalitat una partida referida a Barnaclinic S.A. . Al margen de una alegación superflua no explica ni justifica en modo alguno la actora, en qué medida tales datos (de carácter interno) se externalizan en el mercado y generan una fuente de confusión para los consumidores.

Las anteriores consideraciones resultan avaladas por la prueba testifical practicada en el acto de juicio. Tanto la testigo _____ como _____

afirman que fueron informados sobre la asistencia sanitaria que recibirían de forma completa, que la asistencia recibida de Hospital Clinic y Barnaclinic S.A. estaba perfectamente diferenciada, que se hacía referencia al Grupo empresarial Clinic en la información que recibían y que acudieron a la entidad Barnaclinic S.A. , no inducidos por ningún género de confusión en la información o publicidad realizada por Barnaclinic S.A. sino por el prestigio de sus profesionales. Ambos testigos realizan un relato coincidente, sin ningún género de dudas. No existen motivos para dudar de la verosimilitud e imparcialidad de sus manifestaciones. Los referidos testigos afirman así mismo sin género de duda que sabían que acudían a la entidad Barnaclinic y que lo hicieron en atención al elevado prestigio de los profesionales de Barnaclinic S.A. , sin que en ningún momento fuesen inducidos a creer que las prestaciones que estaban recibiendo eran en realidad del Hospital Clinic.



Las referidas testificales resultan así mismo refrendadas por las documentales 26 y 27.1 a 27.9 del escrito de contestación a la demanda, donde se explícitan los consentimientos informados que reciben y firman los clientes. En dicha documental se hace constar que los pacientes de Barnaclinic S.A. asumen la prestación de servicios sanitarios por dicha entidad, que conocen que la misma es parte integrante del grupo Clinic y se hacen constar también las condiciones económicas que se conciertan para prestar la asistencia sanitaria.

Frente a dicha prueba objetiva, no aporta la parte actora elemento de convicción alguno que permita acreditar con suficiente grado de verosimilitud la existencia de actos de confusión. La prueba documental consistente en el informe número 10 resulta insuficiente a tales efectos. Se trata de un informe de investigación que adolece de imparcialidad y que resulta construido, obviando un elemento de capital importancia como es la vinculación entre las entidades demandadas y el hecho de que forman parte de un mismo grupo empresarial. Edifica sus conclusiones en base a unas visitas a las instalaciones de Barnaclinic y en una serie de datos registrales, pero partiendo de una premisa errónea al presentar a las entidades demandadas como dos entidades completamente distintas e independientes. Y todo ello pese a que con carácter preliminar desarrolla la vinculación entre ambas entidades, presentándolas como dos entidades estrechamente vinculadas integrantes de un mismo grupo empresarial a razón de la participación del 70% de Hospital Clinic en el accionariado de Barnaclinic S.A. . No puede haber mayor contradicción.

Al margen de sendos informes contradictorios, formulados en base a interpretaciones parciales e irreales de la vinculación empresarial entre las demandadas, no aporta la actora elemento probatorio alguno que acredite que nos encontramos ante actos de confusión ex artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal. En definitiva :

- a) Ni aporta elemento probatorio alguno que acredite que existe un elemento de ajenidad entre las entidades demandadas. Elemento necesario del tipo del artículo 6. Muy al contrario, los elementos probatorios que aporta acreditan justo lo contrario.
- b) Ni aporta tampoco elemento probatorio que certifique que los actos realizados por Barnaclinic S.A. son susceptibles de crear confusión en el consumidor. Ni concreta en qué elemento se daría dicha confusión , ni tampoco certifica en base a ningún elemento probatorio consistente que la misma se haya producido.

Séptimo.- Análisis de la acción de competencia desleal entablada ex artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal.

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 "se 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".



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 presupuestos para que concurra el ilícito del artículo 12 LCD son: (i) el prestigio o reputación de un tercero, (ii) la realización de un comportamiento apto para lograr un aprovechamiento o ventaja de esa reputación ajena y (iii) que el aprovechamiento sea indebido.

El primer presupuesto para que concurra este ilícito concurrencial, según acabamos de enunciar, consiste en que se pruebe el prestigio o reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. La ausencia de este requisito excluye que pueda existir este ilícito concurrencial.

No podemos partir de la idea de que el prestigio en el mercado debe ser presumido, sino que debe ser acreditado en cada caso.

En el presente litigio, y por ser un hecho reconocido por ambas partes, debe estimarse acreditado la existencia de una reputación profesional del Hospital Clinic en la prestación de servicios sanitarios, constituyéndose como un referente en la Comunidad Autónoma Catalana.

Sentado lo anterior, debe señalarse que si sorprendente es la alegación de que existen actos de confusión en la operativa de Barnaclinic S.A., más aún lo es alegar que existe un aprovechamiento indebido de la reputación o prestigio profesional de un tercero.

Las alegaciones de la parte actora alcanzan el paroxismo, dado que parten de negar una realidad efectiva y que no es otra que tanto Barnaclinic S.A. como Hospital Clinic forman parte de un mismo grupo empresarial, por lo que no hay tercero cuya reputación sea aprovechada indebidamente.

Tanto la demanda interpuesta, como los informes documentales aportados como número 9 y 10 del escrito de demanda, llegan conclusiones que sólo pueden incardinarse en un imaginario colectivo, pero que en ningún caso tienen correspondencia con la realidad. No resulta posible aprovecharse del prestigio de la misma realidad empresarial y mucho menos conceptuarlo como un acto de competencia desleal. No hay reputación ni prestigio empresarial ajeno, sino reputación propia, del mismo grupo empresarial. Los informes reseñados parten de un preliminar en el que afirman la vinculación estrecha entre ambas entidades y las presentan implícitamente como integrantes de un mismo grupo empresarial, y después llegan a conclusiones totalmente incoherentes con dicho punto de partida.



Del mismo conviene señalar que al margen de una alegación vaga e imprecisa, no justifica la parte actora en qué medida el supuesto aprovechamiento habría sido indebido. Siendo Barnaclinic S.A. una entidad instrumental de Hospital Clinic para realizar la actividad sanitaria privada, no acierta la actora a explicar siquiera someramente en qué medida se produce dicho aprovechamiento indebido. Realiza afirmaciones genéricas, apreciaciones subjetivas, que al margen de obviar que no existe reputación o prestigio profesional de un tercero, no tienen ninguna base probatoria.

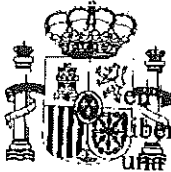
Teniendo en cuenta la realidad expuesta en los fundamentos jurídicos anteriores, no cabe sino llegar a la conclusión de que no puede existir aprovechamiento indebido de la reputación ajena, porque la entidad Hospital Clinic consiente expresamente la utilización de referencias a dicha entidad y de su propio prestigio, por la entidad Barnaclinic S.A. que no es sino su entidad instrumental.

Octavo.- Análisis de la acción de competencia desleal entablada ex artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal.

El artículo 15.1 de la Ley de Competencia Desleal establece que se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

Se trata de una norma que pretende impedir que se produzca un aprovechamiento en el mercado de determinadas ventajas obtenidas a resultas de una infracción legal. No es una norma que directa y esencialmente se dirija a la protección del ordenamiento jurídico, en su conjunto, por parte de los operadores económicos de un determinado sector, sino que éstos actúen en un plano de igualdad, evitando que determinadas infracciones de leyes perjudique el funcionamiento de los mercados, afectando a la libre competencia. Si se permitiera esta infracción normativa, el infractor obtendría una ventaja que podría ser real. Elemento este último que se estima necesario para que proceda el reproche que impone la legislación de competencia desleal, que no tendría lugar cuando existiendo esa infracción, sin embargo, no se produce esa ventaja. Con la disposición contenida en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal se produce una comunicación con el resto del ordenamiento jurídico, de tal modo que si se estima que la infracción de una norma ajena a la regulación del libre mercado, afecta a éste, será admisible reprimirla y adoptar aquellas medidas que se entienden necesarias para restablecerlo.

Se considera que son dos los elementos esenciales : primero, un elemento activo, consistente en la infracción directa o incluso indirecta, es decir, mediante la obtención de un resultado prohibido recurriendo a una norma de cobertura. Y, segundo, la norma infringida. Se entiende que concurre cuando estamos ante normas caracterizadas por la imperatividad, generalidad y coercibilidad, excluyéndose las obligaciones que vinculan a las partes de un contrato, bien por previsión expresa o por aplicación imperativa o subsidiaria de la Ley, e igualmente los derechos subjetivos que confiere el ordenamiento jurídico a los particulares, en especial los que se refieren a la propiedad de las cosas, industrial, intelectual y los derechos de créditos frente a terceros. La protección que otorga el artículo 15 alcanza tanto a las normas reguladoras del sector donde desarrollen su actividad, como cualquier otra cuya infracción pueda provocar un beneficio al infractor hasta el extremo de que se coloque



en una posición prevalente ante el perjudicado, afectando a la igualdad que exige la libertad de mercado entre los operadores intervinientes. En definitiva, no se trata de una posición dominante derivada de la propia actividad comercial, mejor producto, organización, eficacia, gestión, etc., sino que exclusivamente se ha alcanzado por la infracción normativa.

En cualquier caso, para que proceda el reproche que dicha norma comporta, se estima necesario que haya existido una ventaja significativa y que el infractor se haya prevalido de esa ventaja en el mercado. Por tanto, será necesario que exista una relación de causalidad entre la infracción de la norma y la obtención de la ventaja.

Ahora bien la mera infracción normativa no constituye por sí sola conducta desleal, ya que se exige que la ventaja competitiva represente efectiva ventaja significativa y al utilizar el artículo el término "prevalerse", se está refiriendo a que ha de tratarse de ventaja real y no potencial, debiendo de darse el necesario nexo causal entre la infracción y la ventaja alcanzada.

El denunciante en estos casos ha de demostrar además de la infracción de las leyes, que el infractor ha obtenido la ventaja efectiva que le permite una mejor posición competitiva en el mercado, ya que la ventaja concurrencial (significativa) no se presume ni automáticamente se produce por el hecho de infringir las leyes, lo que, de suyo, no reviste carácter desleal.

La calificación como desleal de la infracción de una norma no es una suerte de sanción general añadida a la prevista por la norma vulnerada, sino que supone un ilícito distinto al de la ilegalidad de la actuación, al tiempo que una sanción distinta a la prevista en la norma vulnerada.

En efecto la labor hermenéutica de fijar normas deben entenderse incluidas en éste apartado exige en primer lugar utilizar el criterio sistemático que facilita el apartado anterior; el apartado primero es de naturaleza extensiva, pues no atiende al contenido de la norma sino a su forma. El apartado que nos interesa es, por el contrario, intensivo, lo importante es el contenido de la norma -y no su forma-. Lo determinante es que tenga "por objeto" la regulación de la actividad comercial. Y este "objeto" debemos entenderlo como objeto directo y no indirecto o reflejo, pues de lo contrario no podría sostenerse la naturaleza privada del acto desleal que ha de considerarse como un "prius" de la ley para establecer el conocimiento de estos asuntos por la jurisdicción civil". En cualquier caso, es necesario que se obtenga una ventaja competitiva que ha de ser significativa, no basta cualquiera, y que se prevalezca de ella.

En el presente caso, la parte actora alega de manera genérica, sin mayor argumentación que la yuxtaposición de artículos, que se han infringidos diversa normativa jurídica.

Se refiere en primer lugar a la infracción de normas relativas a la contratación de entes privados para la explotación de bienes adscrita a un uso público. Cita la infracción de los artículos 2.1 de la Ley del estatuto de la empresa pública catalana, artículos 1 y 11 de la Ley de Contratos del Sector Público y artículo 16 y 90 de la Ley General de Sanidad.



Dichas alegaciones parcas e imprecisas en su desarrollo no justifican en modo alguno que se haya producido infracción de la normativa alegada. La actora omite cualquier consideración sobre la naturaleza jurídica de la entidad Barnaclinic S.A. y sobre el Hospital Clinic. Igualmente omite que forman parte de un grupo empresarial y que la entidad Barnaclinic S.A. tiene la condición de medio propio de un poder adjudicador como es el Hospital Clinic.

Debe señalarse al respecto que como hemos visto anteriormente, la entidad Barnaclinic S.A. forma parte del sector público conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley de Contratos del sector público pero no es poder adjudicador ni Administración Pública, al no poder encuadrarse en ninguno de los supuestos del artículo 3.2 ni 3.3 de la Ley de Contratos del Sector Público. Así mismo el Hospital Clinic debe conceptuarse como un poder adjudicador en virtud del artículo 3.3 de la Ley de Contratos del Sector Público.

De esas circunstancias precinde la parte actora, sin determinar qué normativa de la contratación a razón de la naturaleza jurídica de las demandadas les resulta aplicable. Se trata de un análisis preliminar, vago e impreciso carente de cualquier tipo de consistencia.

Unido a lo anterior, debe destacarse que la actora omite también que según lo que hemos analizado en los fundamentos jurídicos anteriores, la entidad Barnaclinic S.A. tendría la condición de medio propio de la entidad Hospital Clinic.

Dicha condición, implica que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 4.1 apartado n de la Ley de Contratos del Sector Público que establece que están excluidos del ámbito de aplicación de la ley, los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección II del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.

Del análisis de esas circunstancias precinde la actora, realizando una mera alegación superflua e inconsistente que no entra a analizar la concreta normativa legal supuestamente infringida, ni las condiciones en las que supuestamente se habría infringido. La alegación de la infracción de los artículos 1 del Estatuto de la empresa pública catalana y del artículo 16 de la Ley General de Sanidad, debe conceptuarse como una afirmación imprecisa en relación a dos preceptos generales, cuya concreta vulneración no se detalla ni se concilia con un examen mínimamente riguroso. Se trata de alegaciones temerarias, carentes de sustento argumentativo y sin soporte fáctico alguno.



El mismo debe destacarse que la demandante, incurre en una importante confusión terminológica dado que alega que de manera simultánea se han infringido el artículo 90 de la Ley General de Sanidad y el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público. Y lo hace sin definir la tipología de contratos que considera infringida o vulnerada, sin hacer alusión alguna a la naturaleza jurídica de las entidades demandadas ni al régimen jurídico que les resultaría de aplicación. Se entremezcla la normativa relativa a conciertos para la prestación de servicios sanitarios y la contratación pública en general. Todo ello, sin mayor argumentación ni razonamiento. Todo un ejercicio de imprecisión e inconsistencia.

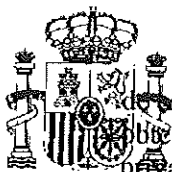
El segundo bloque de normativa que entiende infringida la actora es la relativa a la necesidad de contar con una autorización administrativa previa para la prestación de servicios sanitarios. Para ello alega que se han vulnerado los artículos 3 y 6 del Real Decreto 1277/2003, el artículo 3 del Decreto 183/1981 de la Generalitat de Cataluña y los artículos 3 y 4 del Decreto 118/1982 de la Generalitat de Cataluña sobre Autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios asistenciales, así como los artículos 3,4,5,6,7 y 12 de la Orden de 24 de Enero 1983 de la Generalitat de Cataluña sobre Normas relativas a autorización administrativa para la creación, modificación, traslado o cierre de establecimientos.

Dichas normas jurídicas resultan irrelevantes para determinar si se ha producido un acto de competencia desleal al amparo del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal. Y ello porque dicho artículo exige que se obtenga una ventaja competitiva significativa a partir de la infracción de una norma con rango legal, y ninguna de la normativa citada tiene rango de ley.

Unido a lo anterior, en relación al artículo 29 de la Ley General de Sanidad, debe destacarse que continúa la actora con una alegación que se reduce a la mera transposición de artículos sin mayor razonamiento o argumentación. No justifica la actora ni razona el tipo de autorización administrativa que necesitaría la entidad Barnaclinic S.A. para operar en el mercado. Pese a ello, afirma de manera genérica y sin más análisis adicional que dicha normativa ha resultado infringida.

En cualquier caso, las alegaciones de la parte actora resultan desvirtuadas a partir de la documental número 28 y 29 del escrito de contestación a la demanda. De la lectura de dicha documental se colige que la Generalitat de Cataluña ratificó a la entidad Barnaclinic S.A. que no necesitaba autorizaciones adicionales para realizar actividades sanitarias que ya estaban siendo realizadas en las instalaciones de Hospital Clinic y para las que se contaba con autorización administrativa previa. Dicha comunicación de la Generalitat de Cataluña, debe eximir en cualquier caso de responsabilidad a la entidad Barnaclinic S.A. respecto a una posible infracción de la normativa aludida. No obstan a lo anterior, las documentales aportadas por la parte actora en el acto de la vista, dado que la comunicación de un organismo oficial en el sentido expuesto, impide considerar que la entidad Barnaclinic S.A. pudiese incurrir en infracción de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley General de Sanidad.

Señala seguidamente la actora, que se ha vulnerado los artículos 19.6, 77.6 y 77.8 de la Ley 29/2006 de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios y el artículo 5 del Real Decreto 1718/2010 de 17 de Diciembre. No obstante al margen



Esta supuesta irregularidad administrativa, no justifica en qué medida se habría obtenido una ventaja competitiva significativa sobre otras entidades sanitarias privadas. No es labor de éste juzgador, completar las omisiones de la demanda, ni reconstruir la carencia de argumentación y soporte probatorio de la demandante en relación a la relación de causalidad entre la vulneración de normativa legal y la obtención de ventajas competitivas significativas. No certifica la actora, en qué medida tal situación propiciaría el desvío o captación de clientes por las demandadas.

Finalmente señala la actora, que se ha vulnerado el artículo 3 de la Ley 30/1979 sobre extracción y trasplante de órganos, así como los artículos 11, 18 y 19 del Real Decreto 1723/2012. Nuevamente nos encontramos con un análisis vago e impreciso, basado en un mero "copiado" de preceptos legales, sin mayor argumentación ni justificación. Procede repetir aquí lo expuesto en relación al carácter innecesario de obtener autorización adicional, tal como se colige de la documental número 28 y 29 del escrito de contestación a la demanda. Ciertamente significativo en cualquier caso, es que la actora pretenda que se aprecie la concurrencia del tipo del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, sin definir qué tipos de trasplantes realiza la entidad Barnaclinic, ni sobre qué mercado o clientes potenciales se proyecta tal actividad, sin justificar ni razonar el mercado relevante o actividad sanitaria que realizan otras clínicas sanitarias privadas y sin explicar siquiera mínimamente en qué medida la supuesta vulneración de la normativa legal sobre trasplantes habría proporcionado a las entidades demandadas una ventaja competitiva significativa.

Al margen de que ninguna de las infracciones de normas legales ha resultado acreditada, tampoco aporta la parte actora elemento probatorio alguno que acredite que la supuesta vulneración de normas legales otorgó a las partes demandadas una ventaja competitiva y mucho menos una ventaja significativa. No razona ni argumenta en qué medida la supuesta vulneración de normas legales, habría otorgado dicha ventaja competitiva. Ante la manifiesta falta de argumentación o razonamiento sobre la referida relación de causalidad entre la vulneración de normas legales y la supuesta obtención de ventajas competitivas, no puede sino concluirse que en ningún modo ha resultado acreditado que las demandadas hayan incurrido en la conducta del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal.

Noveno.- Costas.

De conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas causadas a la parte demandante.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

Desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el el Procurador de los Tribunales actuando en nombre y representación de la entidad Associacio Catalana D'Entitats De Salut, frente a la entidad Barnaclinic S.A. y Hospital Clinic.

Se imponen las costas de éste procedimiento a la parte demandante.



Notifíquese a las partes la presente resolución.

Contra ésta resolución cabe recurso de apelación, que será resuelto por la Ilustrísima Audiencia Provincial de Barcelona.

Así lo acuerda, manda y firma Don Manuel Ruiz De Lara, Magistrado Juzgado Mercantil número 7 de Barcelona.