



Roj: **SAP PO 2569/2001 - ECLI: ES:APPO:2001:2569**

Id Cendoj: **36038370052001100774**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **5**

Fecha: **05/10/2001**

Nº de Recurso: **228/2000**

Nº de Resolución: **384/2001**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA INMACULADA DE MARTIN VELAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

VIGO

APELACION CIVIL

Rollo: 228/2000

Proc. Origen: MENOR CUANTIA 363/1999

Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NUMERO 1 DE VIGO

LA SECCION QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA CON SEDE

EN VIGO, compuesta por los lltmos Magistrados DOÑA VICTORIA EUGENIA FARIÑA CONDE,

Presidente, DON JOSE FERRER GONZÁLEZ y DOÑA INMACULADA DE MARTIN VELÁZQUEZ,

han pronunciado, EN NOMBRE DEL REY, la siguiente

SENTENCIA N° 384/01

Vigo, a cinco de octubre de dos mil uno.

Visto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en los autos de juicio

de Menor Cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Vigo con el

número 363/1999 (Rollo de Sala número 228/2000) sobre **competencia desleal** e indemnización por

daños y perjuicios; en el que son partes: Como apelante la entidad demandada " DIRECCION000 ." representada por la Procuradora doña María José Toro Rodríguez, con la

dirección del Letrado Sr. Muñoz Bellvehi; y como apelada la entidad demandante "**DIFOR**

ASESORIA EDITORIAL, S.A.L.", representada por el Procurador don José Marquina Vázquez, bajo

la dirección del Letrado don Jon Alvarez Suarez; siendo Ponente la Magistrada-Suplente DOÑA

INMACULADA DE MARTIN VELÁZQUEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la Sentencia de primera instancia, y

PRIMERO: En los autos a que este rollo se refiere y en fecha 27 de marzo de 2000 se dictó sentencia cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por **DIFOR** ASESORIA EDITORIAL S.A.L. contra DIRECCION000 ., debo declarar y declaro que la demandada DIRECCION000 . ha realizado actos de **competencia desleal** contra la actora comprendidos en los artículos 5 a 17 L.C.D. Asimismo



que debo condenar y condeno a la demandada a indemnizar a la actora en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia por los daños morales y demás daños y perjuicios que se acrediten en la misma y que sean derivados de las conductas a que se refiere el párrafo anterior, todo ello sin condena en costas.»

Por Auto de fecha 12 de abril de 2000 se acordó aclarar el encabezamiento de la referida sentencia en el sentido de que debe contener lo siguiente: "...promovidos por **DIFOR** ASESORIA INDUSTRIAL, S.A.L. representada por el Procurador D. José Marquina Vázquez, bajo la dirección del Letrado D. Jon Alvarez Suárez Belauste, contra DIRECCION000 . representada por el Procurador D^a. María José Toro Rodríguez y asistida del Letrado D. Jordi Muñoz Bellehi."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de la entidad demandada DIRECCION000 ., el cual fue admitido en ambos efectos, emplazándose a las partes por término de diez días para ante esta Sala.

TERCERO: Se personaron en tiempo y forma la parte apelante y la parte apelada y dentro del plazo a que se refiere el artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la parte apelante se solicitó el recibimiento de los autos a prueba en esta segunda instancia; acordándose con respecto a dicha solicitud declarar únicamente pertinente la confesión judicial del Representante Legal de la entidad apelada-demandante, confesión que se llevó a efecto con el resultado que consta en el rollo. Y después de pasar los autos al Ponente para instrucción por el término de seis días y se acordó citar a las partes para sentencia, señalándose día y hora para la vista del recurso y acordándose hacer entrega de los autos originales a las partes personadas, por su orden y por término de cuatro días para instrucción, lo que se llevó a efecto según consta acreditado en el rollo, habiéndose celebrado la vista el pasado día 3 de octubre, conforme, igualmente, consta acreditado.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han cumplido, esencialmente, las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se mantienen los de la sentencia apelada en lo que no se contradigan con la siguiente.

PRIMERO.- La actora **Difor** Asesoría Editorial, S.A.L. formuló demanda contra la compañía mercantil " DIRECCION000 ." alegando que dicha compañía viene efectuando actos de **competencia desleal**, mediante la retirada a los clientes del anuario de **Difor** Asesoría Editorial, S.A.L. y venderles el de DIRECCION000 , pero además descontándoles el precio del anuario de DIRECCION000 . el importe que los clientes habían abonado. Además los anuarios requisados, editados por la actora, son reglados a la clientela que lo desea. Añade la actora que la demandada también difunde a la clientela manifestaciones tendentes a menoscabar su crédito en el mercado.

Con todo, termina suplicando que se declare que la demandada ha realizado actos de **competencia desleal**, que se le indemnice en la cantidad que se determine en fase de ejecución de sentencia por daños morales más la correspondiente a pérdidas en ventas en la campaña 1998 en relación con la precedente de 1997.

Por la demandada se alegó en la contestación a la demanda: excepción de prejudicialidad penal; litispendencia; prescripción de la acción y en cuanto al fondo negó que hubiera hecho actos de **competencia desleal**. Alegatos todos ellos, a excepción de la prejudicialidad penal, que fueron reproducidos en esta segunda instancia.

SEGUNDO.- Comenzando por la excepción de litispendencia, fundamenta la recurrente su concurrencia en el hecho de existir otro procedimiento de igual clase en el Juzgado número 2 de Baracaldo (478/96) entre las mismas partes.

Tal excepción requiere la concurrencia de dos litigios iniciados sobre un mismo objeto, entre las mismas partes y por demandas que se funden en la misma causa de pedir. Tiene una finalidad preventiva, evitando que sobre una misma cuestión se pronuncien resoluciones contradictorias, de tal suerte que ha de ser apreciada cuando del pleito anterior interfiere o prejuzga el segundo. En el presente caso existe una identidad de partes aunque con una posición invertida, sin embargo, no es posible entender que puedan llegarse a producir resoluciones contradictorias pues, en principio, sería perfectamente posible que ambas entidades estuvieran realizando conductas encuadrables dentro de la llamada **competencia desleal** por lo que, aún cuando se estimase la demanda interpuesta ante los Juzgados de Baracaldo, nada impediría para que también pudiera estimarse la presente; con todo ello lo que se quiere significar es que, en modo, alguno podríamos hablar de una división de la contienda o sentencias contradictorias, que es lo que, como ya se dijo, trata de evitar la mencionada excepción.

En segundo lugar se alude al instituto de la prescripción en cuanto que la actora al contestar a la demanda presentada contra ella en los Juzgados de Baracaldo ya manifestó, entonces (27 de diciembre de 1996) que era la hoy demandada y entonces actora, quien estaba realizando actos de **competencia desleal** por lo que y



en relación con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de **Competencia Desleal** ya habría transcurrido más de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse las acciones.

Al respecto no podemos dudar que la acción ejercitada se basa en una actuación continuada de la demandada, persistente al tiempo de interponerse la demanda como lo demuestra el hecho de que en la diligencia de entrada y registro, en las dependencias de la demandada, de fecha 24 de julio de 1998 se hace constar que fueron recogidos anuarios de **Difor** de 1995, 1996 y 1997 (no siendo cierta la alegación efectuada por la apelante en cuanto que las Diligencias Previas 4152/98 se hubieran sobrepasado entre otras causas porque ni siquiera se supiera si los anuarios encontrados fueran de **Difor**, pues lo que el auto dictado por la Audiencia Provincia de Pontevedra, de 22 de febrero de 1999, dice es que "no puede asegurarse la coincidencia de los anuarios sustraídos con los intervenidos..." pero no dice en momento alguno que los intervenidos no fueran de "**Difor**"), con todo ello se demuestra que no estamos ante una actuación consumada y agotada cuyos efectos se prolonguen en el tiempo sino de un actuar presente con lo que y en aras al principio restrictivo con que ha de aplicarse el instituto de la prescripción, ha de entenderse ejercitada dentro de plazo.

En cuanto al fondo del asunto, la sentencia recurrida entendió que la conducta realizada por DIRECCION000 . quedaría incluida tanto en la cláusula general del art. 5 de la L.C.D., por ser objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe, y en el artículo 17 de la citada Ley.

No se comparte el criterio de entender encajados los actos de la demanda dentro del artículo 17 de la L.C.D. relativo a las "ventas a pérdida" pues en modo alguno puede entenderse acreditado que la venta realizada por DIRECCION000 lo fuera bajo coste, o bajo precios de adquisición, pues desconocemos el dato fundamental del precio de coste.

No obstante su conducta si quedaría dentro de la cláusula general recogida en el artículo 5 de la citada Ley "se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe", pues debe recordarse como su practica consistía en que los vendedores de DIRECCION000 debían cambiar a sus clientes el anuario de **Difor** por uno de los tres volúmenes del de DIRECCION000 y le vendían los otros dos, tal y como indicó el testigo don Luis Pedro (vendedor de DIRECCION000) al contestar a la pregunta número 12. Reconociendo en contestación a la decimotercera que los ejemplares los llevaban a las instalaciones de DIRECCION000 .

En el mismo sentido la testifical de don Jose Ignacio "Que es cierto, les decían (el Sr. Pablo , Director General de DIRECCION000) que había que retirar los anuarios de **Difor**, bien descontándoles 4.000 pesetas de su anuario cuando lo compraban, bien cambiándoles el de **Difor** por el de DIRECCION000 , que podía ser uno, dos o tres tomos y tenía que llevarse el de **Difor**".

Estos mismos hechos son reconocidos por los clientes que testificaron en fase probatoria como don Carlos Alberto , así en repregunta a la sexta dijo que "es cierto, le retiraron el de **Difor** y le dejaron el de DIRECCION000 ". En el mismo sentido se pronunció don Carlos Ramón (a la 6ª "Que es cierto, que le ofrecieron la recogida y abono del anuario comprado a **Difor**). Conducta también descrita en la testifical de Don Rosendo (a la 5ª "que es cierto que le retiraron el anuario de **Difor** y le dieron los anuarios de DIRECCION000 con el compromiso de la encuadernación de todos los tomos anteriores...") a todo lo cual hay que añadir que no hay prueba de que los clientes hubieran comprado a "**Difor**" pensando que era " DIRECCION000 " (testifical de Carlos Ramón , Rosendo , Luis Miguel).

Tales comportamientos encontrarían amparo en el invocado art. 5 de la L.C.D. cláusula general que trata de impedir todas aquellas actuaciones de **competencia desleal** que no encajan en las que expresamente tipifica como tales la citada Ley en sus artículos 6 a 17 y es una norma que obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 2000 que a su vez recoge la doctrina establecida en la Sentencia de 8 de julio de 1981.

En el caso concreto, aquella "mala fe" se aprecia en el hecho de la retirada de los ejemplares de **Difor** a los clientes cuando ninguna utilidad aportarían a la demandada mientras que la actora si se ve menoscabada toda vez que ello impide que sus obras estén en el mercado obstaculizando así que sean conocidas por los consumidores. Si el actuar de la demandada hubiera estado regido por los cánones de la honradez, aún cuando hubiera ofertado su anuario a clientes y estos accedieran a adquirirlo pese haber comprado previamente el de **Difor**, no habría procedido a recoger estos ejemplares que ningún beneficio a ella le reportan salvo el ya aludido de "retirar" del mercado al competidor, con lo que es fácil de advertir que tal proceder es contrario a la ética comercial y a la buena fe.



Por último, en cuanto a la indemnización solicitada por la demandante, se pedía en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, por los daños morales realizados a su imagen, más la cantidad que resulte de determinar en fase de ejecución de sentencia en base a la pérdida de ventas en la campaña 1998 en relación con el precedente de 1997 y a los daños y perjuicios ocasionados, se opuso la demandada-recurrente en cuanto que dicha petición es incompleta al no haberse acreditado tales daños y perjuicios y, además, no fijó los parámetros para determinarlos.

Es clara la jurisprudencia al señalar que toda reclamación de daños y perjuicios comporta para el actor la carga de probar su existencia, pudiendo el Tribunal, a la vista de las pruebas, fijar el quantum, determinar las bases conforme al cual se cuantificará en ejecución de sentencia, o cuando no sea posible fijarlos, diferir la cuestión al trámite de ejecución (S.T.S. de 19 de octubre de 1994), no obstante, en el presente caso ninguna prueba se articuló para acreditar la existencia de pérdidas por ventas reducidas por lo que las mismas no proceden.

Cuestión distinta es la indemnización por daños morales que sí fue estimada en la sentencia recurrida y que, efectivamente, es procedente y era perfectamente fijable en sentencia dado que para su determinación o concreción no es necesario fijar las bases, ahora bien, como no se entró a conocer de ello en primera instancia, no le viene permitido a esta Sala fijarla, debiendo, por tanto, estar a lo que se establezca en fase de ejecución de sentencia, que en todo caso, como ya se ha dicho, habrá de atenderse sólo al concepto de daños morales y sin olvidar el ámbito donde se produjeron los hechos. Con lo que el recurso también debe ser desestimado en este aspecto.

TERCERO.- Dada la desestimación del recurso, las costas causadas en esta alzada serán de cuenta de la apelante.

Por cuanto antecede y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución Española nos confiere

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación presentado por la Procuradora Sra. Toro Rodríguez, en nombre y representación de " DIRECCION000 ." contra la sentencia de 27 de marzo de 2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Vigo en el Procedimiento de Menor Cuantía número 363/99 (Rollo de Apelación 228/00), debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, haciendo expresa condena en costas de esta alzada a la apelante.

Notifíquese la presente a las partes en la forma establecida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder judicial.

Con testimonio de esta resolución, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia por quien se acusará recibo.

Así por nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.