



Roj: **SAP M 10712/2009** - ECLI: **ES:APM:2009:10712**

Id Cendoj: **28079370282009100123**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **18/05/2009**

Nº de Recurso: **136/2008**

Nº de Resolución: **131/2009**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ZARZUELO DESCALZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00131/2009

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN Nº 136/08.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 62/05.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid.

Parte recurrente-recurrida: Don Teodulfo .

Procurador: Doña María Teresa de las Alas Pumariño Larrañaga.

Letrado: Don Jaime Andrés Bañon García.

Parte recurrente-recurrida: "V.D. **SISTEM**, S.A."

Procurador: Don José Alberto Azpeitia Sánchez.

Letrado: Don Jorge Aguinaco Moreno.

Parte recurrida: "TUS PROFESIONALES, S.L."

Procurador: Doña Elisa Bustamante García.

Letrado: Don Niceto Blanco González:

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. RAFAEL SARAZÁ JIMENA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. JOSÉ IGNACIO **ZARZUELO DESCALZO**

SENTENCIA Nº 131/09

En Madrid, a 18 de mayo de 2009.



La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados D. RAFAEL SARAZÁ JIMENA, D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ y D. JOSÉ IGNACIO **ZARZUELO DESCALZO**, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 136/2008, interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de junio de 2007, dictada en el proceso núm. 62/2005 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil N° 4 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante-apelado el actor Don Teodulfo , representado por la Procuradora Dña. María Teresa de las Alas Pumariño Larrañaga y asistido del Letrado Don Jaime Andrés Bañón García, como apelante- apelada la entidad V.D. **SISTEM**, S.A., representada por el Procurador Don José Alberto Azpeitia Sánchez y asistida por el Letrado Don Jorge Aguinaco Moreno, y como apelada la entidad TUS PROFESIONALES, S.L., representada por la Procuradora Doña Elisa Bustamante García y asistida del Letrado Don Niceto Blanco González.

Es magistrado ponente D. JOSÉ IGNACIO **ZARZUELO DESCALZO**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda en ejercicio de acciones de competencia desleal presentada en fecha de 17 de febrero de 2005 por la representación de Don Teodulfo , representado por la Procuradora Dña. María Teresa de las Alas Pumariño Larrañaga y asistido del Letrado Don Jaime Andrés Bañón García, contra la entidad V.D. **SISTEM**, S.A., representada por el Procurador Don José Alberto Azpeitia Sánchez y asistida por el Letrado Don Jorge Aguinaco Moreno, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba que se declarase: a) La deslealtad de los actos cometidos por V.D. **SISTEM**, S.A. sobre Don Teodulfo ; b) Que se proceda por la demandada a rectificar la información emitida a todas las personas cuyos correos electrónicos se acompañan con la demanda y que las condiciones que establece V.D. **SISTEM**, S.A., en el documento de garantía de "La Cocinera Breadman" se otorguen a todos los compradores, anteriores y futuros, de Don Teodulfo ; c) Que se publique la sentencia en todos los Periódicos Provinciales de Alicante y los Nacionales de mayor tirada que tengan cobertura regional en Alicante; d) Que se condene a la mercantil demandada a pagar las costas, oponiéndose la entidad demandada a tales pretensiones y formulando a su vez reconvencción frente al actor y frente a la entidad mercantil TUS PROFESIONALES, S.L., representada por la Procuradora Doña Elisa Bustamante García y asistida del Letrado Don Niceto Blanco González, por la que solicitaba que se declarase la deslealtad de los actos de Don Teodulfo y la condena a cesar en el aprovechamiento ilícito de la clientela mediante la cesación en el uso de los signos en la venta del producto "La Cocinera", en su publicidad, en la documentación mercantil, retirando del tráfico económico todos los productos y la documentación; a cesar en el uso de los dominios de Internet "www.lacocineraencasa.com" y "www.tucocinera.com" prohibiendo que Don Teodulfo continúe figurando como titular de dichos dominios, a cuyo efecto se ordenará a Network Solutions Inc. la suspensión definitiva de dichos dominios y a TUS PROFESIONALES, S.L. la cesación en la prestación de los servicios de alojamiento de dichas páginas; a publicar a su costa la sentencia mediante anuncios en una revista de consumo; a cesar, así como a no reiterar en el futuro, todo acto publicitario que incluya la utilización del nombre "La Cocinera" o de los nombres y dominios similares citados; a suspender la distribución o entrega de los recetarios de "La Cocinera", con prohibición a Don Teodulfo de reanudarla; a retirar del comercio los ejemplares ilícitos y su destrucción; a condenar a TUS PROFESIONALES, S.L. a cesar en la prestación del servicio de alojamiento de los dominios "www.lacocineraencasa.com" y "www.tucocinera.com"; y a indemnizar a V.D. **SISTEM**, S.A. en concepto de daños y perjuicios por la cantidad que resulte de la aplicación de las bases de cálculo fijadas en el epígrafe de determinación de daños y perjuicios de los fundamentos de derecho con imposición de costas a los reconvenidos.

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid dictó sentencia, con fecha 18 de junio de 2007 , cuyo fallo era el siguiente: " Que desestimando la demanda interpuesta por D. Teodulfo , contra V.D. **Sistem**, S.A. debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra, con todos los pronunciamientos favorables y expresa condena en costas a la actora. Estimando parcialmente la reconvencción formulada por la mercantil V.D. **Sistem**, S.A., se declara la deslealtad de los actos de D. Teodulfo y se condena a de D. Teodulfo a cesar en el aprovechamiento ilícito de la clientela de V.D. **Sistem**, S.A. mediante la cesación de la venta del producto "La Cocinera"; a retirar del tráfico económico el producto La Cocinera comercializado por el Sr. Teodulfo ; a cesar en el uso de los dominios de Internet "www.lacocineraencasa.com" y "www.tucocinera.com" prohibiendo que D. Teodulfo continúe figurando como titular de dichos dominios, a cuyo efecto se ordenará a Network Solutions Inc. la suspensión definitiva de dichos dominios y a Tus Profesionales, S.L. la cesación en la prestación de los servicios de alojamiento de dichas páginas; a publicar a su costa la sentencia mediante anuncios en una revista



de consumo; a cesar, así como a no reiterar en el futuro, todo acto publicitario que incluya la utilización del nombre La Cocinera o de los nombres y dominios similares antes citados; a suspender la distribución o entrega de los recetarios de La Cocinera, con prohibición a D. Teodulfo de reanudarla y a retirar del comercio los ejemplares ilícitos y su destrucción. Todo ello sin expresa condena en costas a ninguna de las partes habida cuenta la estimación parcial de la reconvencción. Se desestima la demanda reconvenccional formulada contra Tus Profesionales, S.L., imponiéndole las costas de la misma a la demandante reconvenccional V.D. Sitem, S.A."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por las representaciones de Don Teodulfo y de V.D. **SISTEM**, S.A se interpusieron sendos recursos de apelación que, admitidos por el mencionado juzgado y tramitados en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formuló en el presente procedimiento por la representación de Don Teodulfo demanda en ejercicio de acciones de competencia desleal frente a la entidad V.D. **SISTEM**, S.A., como encargada de la producción y distribución de la máquina "La Cocinera Breadman" y obligada a prestar el servicio de garantía y técnico a los consumidores, así como el servicio adicional de acceso al club y al foro a través de determinadas claves, alegando que es comerciante minorista y se dedicaba a la venta de la referida máquina que adquiría en un principio de la propia demandada y posteriormente de su distribuidora autorizada TOLEDO IMPORT-EXPORT, S.A. sin haber tenido ningún problema desde el año 2002 hasta que en fecha 6 de julio de 2004 recibe un burofax de la demandada para que cesara en las ventas del producto poniéndole de manifiesto que se estaba atentando contra sus derechos de propiedad y que no se atenderían las reclamaciones y garantías de los consumidores a los que hubiera vendido la máquina, recibiendo diversas comunicaciones de adquirentes comunicándole que por la demandada no se les facilitaban las claves de acceso y de que no se atendería la garantía a la que debía hacer frente el vendedor, comunicando igualmente a TOLEDO IMPORT-EXPORT la prohibición de que le suministren el producto, por lo que entiende que se da un abuso por la demandada frente al ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica tratando de abatir su posición en el mercado de manera ilícita y menoscabando su crédito con prácticas con fines concurrenciales, señalando que no se puede discriminar a los consumidores en cuanto a la atención a la garantía en función de a quién hayan adquirido la máquina, todo ello con cita de la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal, el principio de libertad de empresa y libre competencia consagrado en la Constitución, indicando de aplicación los artículos 1, 2.1, 3, 5, 6.1, 7, 9.1, 15.1 y 2, 16.1 y 17.1 de la LCD, los artículos 1 b) y d) y 6.2 b) y c) de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, los artículos 10.1, 2 y 3 y 11 de la Ley de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo, los artículos 8.1, 10.1.c), 11, 26, 27 y 28 de la LGDCU, los artículos 1.2, 3, 4.1, 12.2 y 3 y 13 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y los artículos 7 del Código Civil y 38 de la Constitución Española.

A las pretensiones del actor se opuso la demandada precisando de inicio que no era la encargada de la producción de la máquina sino de la importación y comercialización en España de la misma, siendo la titular en exclusiva de la marca comunitaria "La Cocinera" registrada ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior con el nº de registro 002748333 y teniendo solicitada la marca comunitaria desde el 3 de noviembre de 2004 para la marca figurativa "La Cocinera cocina por ti", señalando que el demandante omite sutilmente la existencia del contrato de fecha 5 de noviembre que unía a los litigantes y que fue resuelto con fecha 19 de noviembre de 2003 por incumplimiento del actor relativo a los precios de venta, no estando legitimado el vendedor para reclamar por las garantías sino sus clientes consumidores, tratándose por la demandada de preservar las condiciones de comercialización de un producto con una marca de la que es titular y en cuya promoción y creación de imagen ha invertido tiempo y dinero, teniendo la distribución en exclusiva para España y operando a través de distribuidores autorizados; que se dirigió requerimiento al Sr. Teodulfo cuando llevaba ya ocho meses vendiendo el producto por su cuenta sin ser distribuidor autorizado con vulneración de los derechos de la marca y plagiando su publicidad a través de dos dominios en Internet; que los correos electrónicos a los que se alude en la demanda son posteriores a la resolución del contrato y a través de ellos se pretende la devolución de la máquina sin que el vendedor se hiciera cargo de tales desistimientos, señalando que la actividad del Sr. Teodulfo no es lícita porque conculca el derecho de marca, plagia la publicidad, conculca los derechos de propiedad intelectual vendiendo el electrodoméstico con el recetario registrado a través de Internet jugando con la confusión y aprovechándose del prestigio de V.D. **SISTEM**, S.A., sin responder del producto ante sus clientes en cuanto a la posibilidad de desistimiento y en cuanto a la garantía con perjuicio de su imagen frente a la que se dirigen los compradores protestando, formulando a su vez reconvencción



frente a Don Teodulfo en acción declarativa y de cesación de actos de competencia desleal, con base en los artículos 6, 11 y 12 de la LCD, indicando además que consta la inscripción del recetario en el Registro Territorial de Propiedad Intelectual de Madrid y que V.D. **SISTEM**, S.A. presenta y vende a través del dominio "www.la.cocinera.net" y el reconvenido mantiene abiertos los dominios Internet "www.lacocineraencasa.com" y "www.tucocinera.com" en los que vende el producto plagiando la apariencia y contenidos de su dominio, en frases completas, con entrega del mismo recetario y anunciando un servicio técnico y de garantía del que no dispone, desviando a sus clientes a V.D. **SISTEM**, S.A. al entregar la tarjeta de garantía de ésta pese a que no está autorizada esa distribución, sin que atienda a las reclamaciones ni a las revocaciones de las compras, existiendo violación de los derechos de propiedad intelectual y publicidad ilícita, dirigiendo también la reconvención frente a la entidad TUS PROFESIONALES, S.L. como responsable del servicio de hospedaje de los dominios del Sr. Teodulfo para la retirada del servicio e indemnización de daños y perjuicios al haber sido requerida para que dejara de prestarlos haciéndose caso omiso, al ser cooperador necesario conforme al artículo 20.1 de la LCD y en aplicación de los artículos 13 a

17 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

La Sentencia dictada en primera instancia desestimó íntegramente la demanda interpuesta por la representación de Don Teodulfo y estimó parcialmente la reconvención, en los términos consignados en los antecedentes de hecho de la presente resolución, y, frente a tales pronunciamientos se alzan sendos recursos interpuestos por las respectivas representaciones de Don Teodulfo y de V.D. **SISTEM**, S.A. que invocan como motivos de impugnación:

-Recurso de Don Teodulfo :

1º.- Prescripción de la acción ejercitada en la demanda reconvencional, alegando que la sentencia incurre en error en la apreciación de los hechos acreditados en autos y se procede a estimar la demanda reconvencional contraviniendo lo ordenado en el artículo 21 de la LCD .

2º.- Disconformidad con la desestimación de la demanda por entender que la conducta de V.D. **SISTEM**, S.A. es atentatoria a la buena fe que establece el artículo 5 de la LCD no sólo por no atender las garantías que cada máquina trae del fabricante o importador, al margen de quién sea el distribuidor, al rechazar por sistema la garantía una vez comprueba que la venta la hizo el Sr. Teodulfo y remitir a cada consumidor diversos comunicados tachando al mismo poco menos de estafador comunicando que él debe asumir la garantía a sabiendas de que únicamente puede ofrecerla V.D. **SISTEM** al no existir ningún otro servicio técnico.

3º.- Que no puede reputarse su conducta como desleal, al limitarse a adquirir el electrodoméstico de distribuidores autorizados y venderlo a terceros por Internet, cuando jamás se ha pretendido confundir al consumidor respecto a la marca y cualidades del electrodoméstico ni se ha copiado o falsificado el mismo, no siendo una imitación sino el original y no se ha copiado ni el producto, ni las características, ni su apariencia.

- Recurso de V.D. **SISTEM**, S.A.:

1º.- Infracción del artículo 20 de la Ley de Competencia Desleal y del artículo 16 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico en relación con la absolución de la entidad Tus Profesionales, S.L. al entender que debía ser considerada cooperadora en la realización de los actos desleales por parte del Sr. Teodulfo ante el mantenimiento de la cooperación con el mismo una vez recibidas las comunicaciones de V.D. **SISTEM**, S.A.

2º.- Error en la valoración de la prueba en relación con la indemnización del daño sufrido por V.D. **SISTEM**, S.A. e infracción en la aplicación de las normas sobre distribución de la carga de la prueba.

SEGUNDO.- Planteado el debate en esta alzada por los términos de los respectivos recursos, en la forma que sucintamente se han recogido en el fundamento jurídico precedente, y comenzando por el análisis del recurso interpuesto por la representación de Don Teodulfo debe indicarse que no puede prosperar el motivo de recurso referido a la prescripción de las acciones por competencia desleal ejercitadas con la demanda reconvencional.

El artículo 21 de la LCD expresa claramente el principio de la "actio nata", esto es, el de que la prescripción empezará a correr desde que la acción pudo ejercitarse. Sin embargo, cuando estamos en presencia de una actuación continuada, esto es, cuando la competencia desleal no consiste en la ejecución de un sólo acto sino en varios actos que se reproducen en un lapso de tiempo más o menos prolongado, cabe fijar el dies a quo del plazo legal en el día en que el perjudicado por los actos de concurrencia desleal tuvo conocimiento de la existencia de alguno de esos actos identificando a su autor, que es lo que el legislador ha recogido en la norma, o bien fijarlo atendiendo al momento en que termina la ejecución de todos los actos de concurrencia desleal, lo que se traduciría en que, si no ha terminado, la acción no puede estar prescrita.



Inicialmente, la jurisprudencia no fue de mucha utilidad para esclarecer definitivamente esta cuestión: la STS de 25 de julio de 2002 interpretó más literalmente el precepto, entendiendo que una vez conocida la fecha de conocimiento de la existencia de los actos ilícitos y la identificación de su autor, comienza a correr el plazo de prescripción de la acción ejercitada; por el contrario, la STS de 16 de junio de 2000 interpretó de forma diametralmente opuesta el precepto, señalando que "... la acción ejercitada se basa en una actuación continuada de la demandada persistente al tiempo de interponerse la demanda; no se trata por tanto, de un supuesto de actuación consumada y agotada cuyos efectos se prolongan en el tiempo, sino de un actuar presente, por lo que, en aras de ese principio restrictivo con que ha de aplicarse el instituto de la prescripción, ha de entenderse ejercitada dentro de cualquiera de los plazos del art. 21 de la Ley 3/91". Ante la disyuntiva que ofrece el Alto Tribunal, este último criterio ha sido seguido por muchas Audiencias Provinciales (SSAP Málaga 16 de noviembre de 2004, Alicante 30 de abril de 2001, La Rioja 13 de mayo de 2002, Valencia 20 de marzo de 2001, Sevilla 15 de diciembre de 2000), ha sido confirmado por la jurisprudencia posterior del Alto Tribunal (SSTS 30 de mayo de 2005 o 29 de diciembre de 2006), y es el que igualmente esta Sala entiende más idóneo en lo que hace a las acciones de cesación y remoción, considerando por tanto que cuando se trata de la violación ininterrumpida de un derecho, el «dies a quo» para el cómputo de la prescripción no empieza a contarse hasta la producción del resultado definitivo o hasta el cese del acto ilícito, todo ello teniendo en cuenta que nos hallamos ante un instituto jurídico, el de la prescripción, que siempre ha de ser interpretado restrictivamente.

El motivo pues, ha de desestimarse con base en la doctrina jurisprudencial más reciente representada por las Sentencias de 30 de mayo de 2005, 29 de diciembre de 2006 o 29 de junio de 2007 , con arreglo a la que el art. 21 LCD no es aplicable a la acción de cesación cuando se trata de actos desleales continuados que subsisten en el momento de ejercicio del derecho, de modo que en el supuesto de una serie intermitente de actos el plazo de prescripción comienza a contarse de nuevo tras cada repetición del acto de competencia desleal (S. 29 de diciembre de 2006), es decir, que la posibilidad del ejercicio de la acción se reproduce con cada acto del mismo tipo que el infractor repita, renovándose, sin solución de continuidad, el inicio del plazo de prescripción, mientras se mantenga la situación antijurídica generada por un acto desleal continuado (S. 29 de junio de 2007).

TERCERO.- Con relación al motivo de recurso formulado por el actor y que viene a interesar la estimación de la demanda debe ponerse de relieve que el examen de los preceptos de la Ley de Competencia Desleal, muy especialmente de sus disposiciones generales, interpretadas conforme a la exposición de motivos de la ley, muestra que la Ley de Competencia Desleal no está destinada a sancionar incumplimientos contractuales ni a resolver los conflictos entre competidores, sino a convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado, estableciendo los mecanismos precisos para impedir que el principio de libertad de empresa y de libre competencia pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado (exposición de motivos de la ley). Es por ello que la Ley de Competencia Desleal tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado (art. 1 de la Ley de Competencia Desleal).

Como se precisa en la propia Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal (apartado 2 in fine), la regulación contenida en dicha Ley no está orientada a que de su aplicación resulte la tipificación de un gran número de conductas como desleales. Antes al contrario, "la redacción de los preceptos... ha estado presidida por la permanente preocupación de evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales. En este sentido, se ha tratado de hacer tipificaciones muy restrictivas, que en algunas ocasiones, más que dirigirse a incriminar una determinada práctica, tienden a liberalizarla o por lo menos a zanjar posibles dudas acerca de su deslealtad".

Por ello era necesario que el actor, tras exponer los pormenores de sus relaciones con la demandada, precisara qué aspectos de tales relaciones, qué concretas conductas de la demandada consideraba que habían de reputarse desleales y cómo podían encuadrarse las mismas en los tipos de deslealtad concurrencial contenidos en los distintos preceptos legales invocados de la Ley de Competencia Desleal

El demandante no lo ha hecho así en la demanda, pues parece que tras narrar las incidencias de sus relaciones con la demandada deja al tribunal que elija qué aspectos de las mismas le parecen sancionables desde la perspectiva de la ley y deban fundar la condena de la demandada a lo pretendido con la demanda, con una indiscriminada cita de los preceptos que tipifican ilicitudes concurrenciales dentro de la Ley 3/1.991 , lo que no debe determinar el análisis sino de aquéllos en los que tengan cabida las conductas descritas en el relato que constituye el soporte fáctico de la pretensión del accionante, debiendo ser el Tribunal quien ofrezca el oportuno tratamiento normativo a los antecedentes de hecho que le sean puestos a su disposición y siendo lo trascendente a efectos de poder estimar una acción declarativa de deslealtad, y asimismo las peticiones



accesorias, que una conducta pueda reputarse desleal conforme a algún precepto de la Ley de Competencia Desleal.

Es en este contexto en el que ha de situarse lo pretendido por el demandante cuando en base a las comunicaciones recibidas de V.D. **SISTEM** y de determinados compradores del producto, con prohibición de vender al actor dirigida a un distribuidor o comunicando que no sería atendida la garantía y se dirigieran al vendedor, por las que entiende que la demandada actúa con abuso frente al ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica, tratando de abatir su posición en el mercado de manera ilícita y menoscabando su crédito, lo que en atención a las circunstancias del caso no se vislumbra por la Sala como incardinable en ninguno de los ilícitos tipificados legalmente, a pesar de la multiplicidad de preceptos que cita de diversas leyes, más allá de lo establecido en el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal al que en definitiva parece reconducir el apelante sus pretensiones con el recurso.

Debe señalarse que cuando la ley reputa desleal "todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe" no puede encuadrarse en el mismo cualquier conducta de cualquier sujeto jurídico objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe, ni siquiera cuando se trata de una conducta con una trascendencia económica. Para que tal encuadre pueda tener lugar es preciso que dicha conducta objetivamente contraria a la buena fe sea susceptible, además, de perturbar el funcionamiento del mercado, de alterar una competencia basada en el mérito, la capacidad y el esfuerzo. Así pues, la trasgresión de la buena fe que tiene trascendencia a efectos del art. 5 de la Ley de Competencia Desleal es aquélla que afecta a la competencia en el mercado, distorsionándola. De lo contrario, cualquier incumplimiento contractual o cualquier ilícito extracontractual en el que se apreciara una contrariedad a las exigencias de la buena fe y que se realizara en el mercado sería encuadrable en el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal .

El art. 5 de la Ley de Competencia Desleal establece, bajo la rúbrica "Cláusula general", que "se reputa desleal todo comportamiento que resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe". Y la jurisprudencia viene declarando en su interpretación y aplicación: 1º. Que el precepto está reservado a comportamientos que merezcan la calificación de desleales no contemplados en los arts. 6 a 17 de la propia Ley (arts. 23 de mayo de 2.005; 24 de noviembre y 29 de diciembre de 2.006; 10 de octubre y 28 de noviembre de 2.007; 19 y 28 y 29 mayo de 2.008); 2º. Que no establece un principio abstracto objeto de desarrollo en los artículos siguientes (SS. 24 de noviembre de 2.006 y 23 de marzo de 2.007), sino un supuesto de ilicitud con sustantividad propia (SS. 24 de noviembre de 2.006 y 23 de marzo de 2.007), que entraña una norma completa (S. 29 de diciembre de 2.006), por lo que no cabe su alegación si los actos se contemplan en otra norma (SS. 7 de junio de 2.000, 23 de junio y 28 de septiembre de 2.005). Su plena autonomía se manifiesta en que no puede valorarse en relación con los actos típicos de los arts. 6 a 17 , pues no tiene carácter integrativo o complementario de los mismos (SS. 20 de febrero y 4 de septiembre de 2.006 y 23 de noviembre de 2.007), de ahí que quepa rechazar de plano todo planteamiento que pretenda configurar el ilícito general como una versión de los tipos específicos modalizados por un comportamiento contrario a la buena fe objetiva (SS. 22 de febrero y 11 de julio de 2.006; 19 y 29 de mayo y 8 de julio de 2.008); 3º . El precepto comprende los actos realizados en el mercado (trascendencia externa) con fines concurrenciales (idóneos para promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero) que, no estando tipificado , suponga una deslealtad por ser objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe objetiva, la cual actúa como un estándar o patrón de comportamiento justo y honrado reconocido en el tráfico a las circunstancias concretas, es decir, conforme a los valores de la honradez, lealtad y 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 (SS. 16 de junio de 2.000; 15 de junio de 2.001; 19 de febrero de 2.002; 14 de julio de 2.003; 21 de octubre de 2.005; 14 de marzo de 2.007). Se trata de conseguir que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia y no "mediante la realización de comportamientos que supriman, restrinjan la estructura competitiva del mercado o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado" (SS. 24 de noviembre de 2.006 y 23 de marzo de 2.007); y, 4º. La infracción del art. 5 LCD obliga a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta (S. 24 de noviembre de 2.006), sin que baste citar el precepto en los fundamentos de derecho de la demanda (S. 19 de mayo de 2.008).

Aplicando tal doctrina al presente caso resulta igualmente imposible incardinar en el ilícito de competencia desleal del art. 5 LCD las conductas que se achacan por el actor a la demandada-reconviniente en relación con las circunstancias fácticas con las que se pretende fundamentar y en tanto, una vez que no existe relación contractual entre los litigantes por la resolución operada el 19 de noviembre de 2003 y al no ser el Sr. Teodulfo distribuidor autorizado de la máquina, cuando no puede tenerse por acreditada la venta de las máquinas al demandante por la entidad TOLEDO IMPORT-EXPORT ante la negativa de la misma en las actuaciones y tampoco se acredita que se haya desatendido por la demandada la obligación de prestar la garantía técnica a los consumidores adquirentes de la máquina, que en cualquier caso serían los legitimados para reclamar en tal concepto, cuando únicamente median comunicaciones aludiendo a distribuidor autorizado y con lógica remisión al vendedor en caso de desistimiento de la compra, que no puede alegadamente eludir una vez



realizada la venta por sus propios canales trasladando de ese modo su responsabilidad a la importadora-comercializadora, resultando por otra parte que, al contrario de lo que se sostiene en el recurso, las tarjetas de garantía presentadas con la demanda y las presentadas por la demandada no son coincidentes, no cabe estimar que, con tales circunstancias concurrentes, ha habido en el caso una situación abusiva generada por una conducta vulneradora de la buena fe objetiva, que afecte a las reglas del normal funcionamiento del mercado y por ello no podría en ningún caso prosperar la demanda.

CUARTO.- Lo que no se comparte es la argumentación del Juez a quo en torno al alcance de los actos del reconvenido en general como constitutivos de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, incurriendo en actos de confusión y actos de imitación pues, con la salvedad de los actos del mismo que conciernen a la titularidad de las páginas web o dominios de Internet "www.lacocineraencasa.com" y "www.tucocinera.com" en los efectivamente se constata que vende el producto plagiando la apariencia y contenidos del propio dominio de V.D. **SISTEM**, S.A. www.la.cocinera.net, siendo la apariencia prácticamente idéntica y reproduciéndose casi en su integridad contenidos de la página de la reconviniente, no pueden reputarse sin más como desleales los actos de comercialización de productos por medio de las denominadas ventas grises.

Además, para poder determinar cualquier clase de deslealtad en la comercialización de productos por medio de ventas grises es necesario observar la licitud del sistema de distribución y en el presente caso el Sr. Teodulfo precisamente ha sido expulsado de la red de distribución por incumplimiento de la obligación de mantener precios fijos de reventa, lo que en definitiva haría sustentar la prohibición de comercialización que se interesa en un acto ilícito, por afectar a las normas de defensa de la competencia(artículo 1.1 a LDC).

Han de incardinarse pues los actos que la demandada-reconviniente imputa al Sr. Teodulfo , una vez ha prescindido del ejercicio de la protección marcaria, en el tipo contemplado en el artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal en cuanto se refiere a la presentación de los productos, incluida la publicidad confusoria, dado que su campo de aplicación es el de las creaciones formales, mientras que el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal tiene por objeto la protección de las creaciones materiales, y partiendo de ello se ha de poner de relieve que, en lo esencial, lo que se promociona a través de la página web del demandado es el propio producto original, junto con sus características técnicas y el modo de funcionamiento. Por otra parte los actos confusorios que constituyen el ilícito concurrencial no pueden derivar de cualquier clase de error en aquello que se transmite al mercado y ya que la confusión debe versar sobre una característica particular, la fuente de procedencia empresarial. Desde este punto de vista la mera difusión del producto original que se comercializa fuera de la red de distribución no permite apreciar acto de confusión más que con relación al mantenimiento de los aludidos dominios de Internet que, en práctica similitud con el contenido del de la actora, son susceptibles de generar precisamente confusión en los consumidores sobre el origen empresarial del producto así ofertado.

En relación con la pretendida protección del libro de recetas que se acompaña a la máquina en venta se ha de poner de relieve que la comercialización se efectúa por el reconvenido en su embalaje original, sin alteración alguna y por lo tanto incluyendo tal libro de recetas y la tarjeta de garantía del producto, no existiendo por tanto diferencias en cuanto a la propia comercialización y sin que se derive ilícito alguno en lo que respecta a derechos de propiedad intelectual sobre el libro de recetas cuando lo que se comercializa es el soporte material y no la obra en sí, que se comercializa junto al electrodoméstico por el propio fabricante y que se adquiere el revendedor, junto con el producto, para su reventa.

Por tanto debe ceñirse únicamente la apreciación de deslealtad en la conducta del demandante reconvenido en relación con el ilícito que se ha señalado, derivado de la titularidad y utilización de los aludidos dominios de Internet en la forma indicada, y en ese sentido debe estimarse parcialmente el recurso deducido por su representación.

QUINTO.- Derivado de lo anteriormente señalado no puede tener favorable acogida el motivo de recurso formulado por la demandada reconviniente V.D. **SISTEM**, S.A., que invoca la errónea apreciación de la prueba en relación con la indemnización del daño sufrido, por cuanto necesariamente ha de considerarse que tal daño no puede tener idéntica extensión de tomar en consideración los múltiples ilícitos concurrenciales que venían siendo imputados al Sr. Teodulfo que en el caso de considerar el ilícito al que finalmente ha sido constreñida su actuación, resultando en todo caso improcedente la solicitud realizada en concepto de daño emergente por analogía y en base a la responsabilidad tasada en el artículo 43 de la Ley de Marcas , en el 1% de la cifra de negocio desde la resolución del contrato hasta el planteamiento de la reconvención, o en su defecto y a elección de la reconviniente la mitad de la indemnización coercitiva del artículo 44 de dicho texto legal, cuando no se ha ejercitado acción por infracción marcaria y no existe identidad de razón que pueda sustentar esa pretendida aplicación analógica, y debiendo en todo caso convenir con la resolución recurrida en que a través de la prueba practicada no se ha justificado mínimamente la existencia y cuantía de lucro cesante, que no puede tenerse por acreditado simplemente en base a las particulares cuentas que formula el letrado en el acto del juicio, apartándose de las propias cifras que suministra el interrogado, y baste para ello señalar que



se pretenden unas ventas de 70 máquinas en el año 2003 y sin tener en cuenta que la resolución contractual data de 19 de noviembre de ese año, debiendo tenerse además en cuenta que se desconoce por completo el número de electrodomésticos cuya venta se ha podido realizar por Internet y que en definitiva no resulta posible fijar una indemnización por lucro cesante de modo meramente estimativo.

SEXTO.- Tampoco puede tener favorable acogida el motivo de recurso que suscita la infracción del artículo 20 de la LCD y del artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, en relación con la actuación de la mercantil Tus Profesionales, S.L. debiendo indicarse al respecto que tanto la Unión Europea en la Directiva 2000/31 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, como España en la Ley 34/02, han optado por no hacer responsables a los proveedores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos que albergan un sitio Web del control de los contenidos que transitan por sus sistemas informáticos, con determinadas excepciones; se recoge la norma general de que los prestadores de servicios, sólo serán responsables por contenido que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por su cuenta, excluyendo así cualquier responsabilidad por contenido ajenos que en el ejercicio de sus actividades de intermediación, transmitan, copien, almacenen o localicen, siempre que respeten las limitaciones impuestas por la normas, a tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 34/02.

A los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, al igual que a los que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sólo se les podrá hacer responsables en dos supuestos: cuando tengan conocimiento efectivo de que la información almacenada o que es objeto de enlace o búsqueda, es ilícita o de que puede lesionar bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización y cuando teniendo este conocimiento, no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos; entendiéndose que el servidor conoce la ilicitud de esa información a la que presta un servicio determinado "cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse", como dice el artículo 16; el legislador español, con el fin de no menoscabar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros valores ha optado por la no obligación de fiscalizar los contenidos por parte de los prestadores de servicios, si bien les impone un deber de diligencia, concretado, aparte de lo establecido en el artículo 16, en el artículo 11, que establece una serie de obligaciones en relación con los contenidos, y de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidad a los autores de actividades o contenido ilícitos que se difundan por la Red o para impedir que éstos se sigan divulgando. En tal sentido se han pronunciado las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de la Sección 14ª de 20 diciembre 2005 y de la Sección 12ª de 17 de abril de 2008, o la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3ª en Sentencia de 22 de febrero de 2007.

Así pues, el artículo 16 de la citada Ley 34/2002, de 11 de Julio, de Servicios de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), recoge el principio de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, a los que sólo se les podrá hacer responsables en dos supuestos: a) cuando tengan conocimiento efectivo de que la actividad o información almacenada es ilícita o de que puede lesionar a bienes o derechos de terceros susceptibles de indemnización, y, b) cuando teniendo este conocimiento, no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos; entendiéndose que el servidor conoce la ilicitud de esa información a la que presta un servicio determinado "cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos o se hubiera declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detención y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudiera establecerse", y por tanto debe concluirse que en el presente caso resulta evidente que no concurren la circunstancias especificadas legalmente para que pueda exigirse esa responsabilidad al prestador del servicio en tanto falta precisamente, hasta el dictado de resolución judicial que así lo acuerde, la declaración de ilicitud o de existencia de lesión con conocimiento efectivo de esa resolución.

SÉPTIMO.- Al estimarse en parte el recurso de apelación formulado por el demandante reconvenido y de conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se hará expresa imposición de las costas causadas con su recurso. Al desestimarse el recurso de apelación formulado por la demandada reconviniente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 del mismo texto legal, se impondrán a dicha apelante las costas causadas con su recurso.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso.



FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Teodulfo y desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de V.D. **SISTEM**, S.A. contra la sentencia dictada el 18 de junio de 2007, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, en el procedimiento ordinario núm. 62/05 del que este rollo dimana.

2.- Revocar parcialmente la mencionada resolución modificando el apartado segundo de su fallo para estimar parcialmente la reconvención formulada y declarar únicamente la deslealtad de los actos del Don Teodulfo consistentes en el mantenimiento de los dominios de Internet www.la.cocineraencasa.com y www.tucocinera.com, condenando al mismo a cesar en su uso y prohibiéndole que continúe figurando como titular de dichos dominios, dejando sin efecto los pronunciamientos relativos a otros actos de deslealtad y manteniendo el resto de sus pronunciamientos.

3.- No hacer imposición de las costas causadas con el recurso interpuesto por la representación de Don Teodulfo e imponer a V.D. **SISTEM**, S.A. las costas causadas con su recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.