



Roj: **SAP M 5567/2017 - ECLI:ES:APM:2017:5567**

Id Cendoj: **28079370282017100149**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **31/03/2017**

Nº de Recurso: **200/2015**

Nº de Resolución: **173/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28ª (de lo mercantil)

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2015/0081754

**Rollo de apelación nº 200/2015**

- **Materia** : Competencia desleal, sustracción de clientela, aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

- **Órgano judicial de origen** : Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid

- **Autos de origen** : Juicio ordinario 180/2010

- **Parte Apelante** : DANEMAR SA

Procurador/a: D. Carlos Gomez-Villaboa Mandri

Letrado/a: Dª. Cristina González Donaire

- **Parte Apelada** : BOY CAPEL SL

Procurador/a: D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz

Letrado/a: D. Fernando González-Fernández

**SENTENCIA nº 173/2017**

*Ilmos Srs. Magistrados :*

D. Alberto Arribas Hernández

D. José Manuel De Vicente Bobadilla

D. Francisco de Borja Villena Cortés (ponente)

En Madrid, a 31 de marzo de 2017.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 200/2015, los autos 180/2010, provenientes del Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.



## ANTECEDENTES DE HECHO

(1).- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: DESESTIMAR LA DEMANDA formulada por DANEMAR, S.A., frente a BOY CAPEL, S.L., Felix Y DOÑA Dulce de los pedimentos formulados en su contra. Se condena en costas a la actora."

(2).- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día 30 de marzo de 2017.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco de Borja Villena Cortés

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Contexto de la controversia en primera instancia.

(1).- *Pretensión inicial de la parte actora* . Por parte de DANEMAR SA se interpuso demanda de Juicio ordinario frente a BOY CAPEL SL Y OTROS, en la que se deducían, sucintamente expuestas aquí, y de acuerdo con las precisiones efectuadas a lo largo del proceso, las siguientes pretensiones:

(i).- Se declare la deslealtad del comportamiento de BOY CAPEL SL Y OTROS.

(ii).- Se condene a cesar en dicho comportamiento y se le prohíba su reiteración, así como que se acuerde la publicación de la sentencia.

(iii).- Se condene a la parte demandada al pago de una indemnización 96.000?.

(vi).- Se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales.

(2).- (Alegaciones) Dichas peticiones deducidas por DANEMAR SA se fundamentan, en resumen, en la siguiente argumentación:

(i).- DANEMAR SA era distribuidor en exclusiva para España y Portugal de los productos de las marcas de Citizen Of Humanity LLC.

(ii).- Los demandados habían trabajado para DANEMAR SA, como comerciales.

(iii).- Una vez fuera de la relación laboral, indujeron a Citizen Of Humanity a resolver el contrato con DANEMAR SA, para acto seguido, contratar con ella.

(iv).- Utilizaron los listados de clientes, sustraídos durante su relación laboral, para dirigirse a los minoristas a fin de ofrecerles sus nuevos servicios.

(3).- *Contestación a la demanda* . En el litigio del que trae causa el presente recurso de apelación, por BOY CAPEL SL Y OTROS, en su escrito de contestación, se instó la desestimación de la demanda y la imposición de las costas a la parte actora.

Para la defensa de su posición, por esa parte, en resumen sucinto, se alegó que:

(i).- Existe cosa juzgada.

(ii).- No se ha producido hecho alguno de competencia desleal.

(iii).- Se ha realizado por la parte demandada un esfuerzo personal para llegar a los puntos de venta minoristas.

(iv).- No ha existido inducción alguna al incumplimiento contractual.

(4).- *Sentencia apelada* . Por el Juzgado Mercantil N° 12 de Madrid se dictó Sentencia en fecha de 26 de junio de 2013 , en la que se dictó el siguiente Fallo:

(i).- Se desestima íntegramente la demanda formulada por DANEMAR SA, y se absuelve de todo pedimento a la parte demandada.

(ii).- Se condena a la parte actora al pago de las costas procesales.

(5).- ( *Fundamentos* ) Para ello, la Sentencia se basa esencialmente en los siguientes razonamientos y conclusiones:

(i).- No ha existido sustracción alguna de listado de clientes porque éste fue facilitado por Citizens Of Humanity a BOY CAPEL SL Y OTROS.



- (ii).- El uso del conocimiento adquirido por un expleado es legítimo en su nueva actividad, como parte de su acervo profesional.
- (iii).- No ha existido inducción al incumplimiento contractual, especialmente por el hecho de que no ha existido tal incumplimiento, que fue causal.

**Objeto del recurso de apelación .**

(6).- Por DANEMAR SA se interpone recurso frente a dicha Sentencia del Juzgado Mercantil N° 12 de Madrid, en el que insta la revocación de la misma, y la estimación de los pedimentos de la demanda.

A tal fin, el recurso de apelación se sustenta, aquí resumidos a los meros efectos de ofrecer una perspectiva de conjunto del objeto del proceso, más adelante desarrollados puntualmente, en los siguientes motivos:

- (i).- Se ha causado indefensión, por falta de práctica de prueba.
- (ii).- Error en la valoración de prueba, sobre la apreciación de los ilícitos concurrenciales.
- (iii).- Error en la aplicación del Derecho, para la fijación de indemnización.

**Motivo primero del recurso: indefensión por falta de práctica de prueba.**

(7).- *Enunciado del motivo* . Señala el recurso de DANEMAR SA que se le ha causado indefensión ya que en la primera instancia esa parte propuso como prueba el examen de dos testigos, lo que fue admitido por la Juez a quo . Pero pese a ello, indica el recurso, tales testigos no han podido comparecer en la fecha señalada para su examen, ante lo cual el Juzgado no acordó como diligencias finales la práctica de tal prueba.

(8).- *Valoración del tribunal* . No puede prosperar el presente motivo de recurso, ya que:

- (i).- De entrada, el recurso de DANEMAR SA no expresa que clase de consecuencia espera y desea obtener de la denuncia de la supuesta indefensión, esto es, qué clase de pronunciamiento del tribunal de apelación postula ante tal indefensión denunciada.
- (ii).- No cabe realizar un mero pronunciamiento declarativo relativo a que la parte ha sufrido indefensión, sin otras consecuencias. Por ello, siempre que se alega indefensión se hace para obtener la declaración de nulidad de actuaciones procesales, con retroacción del proceso al momento en que se generó tal causa de nulidad, art. 225.3 LEC y 238.3 LOPJ . Por DANEMAR SA no se pide nada de eso, con lo cual el acogimiento del motivo aparece ya frustrado desde su formulación.
- (iii).- Pero es que además, ni siquiera la irregularidad procesal que se denuncia en el recurso de DANEMAR SA motivaría la causación de indefensión en la primera instancia.
- (iv).- Es decir, aun admitiendo la hipótesis de la denegación indebida de la prueba propuesta, a los meros efectos dialécticos, la respuesta prevista por el Ordenamiento jurídico-procesal para ese supuesto no sería la de nulidad de actuaciones, para reponer en su derecho a la parte privada del acceso a tales medios de prueba.
- (v).- La reparación de esa posible vulneración de derechos procesales se hace en la legalidad mediante un instrumento distinto de la nulidad, al ofrecer a la parte la oportunidad procesal de acceder a la propuesta y práctica de tales medios de prueba en la segunda instancia, art. 460.2.1º LEC . Con dicha posibilidad ofrecida a la parte queda colmado el control frente a cualquier irregularidad o arbitrariedad sufrida en la primera instancia respecto al derecho de acceso a la prueba, lo que aparta la necesidad de acudir al expediente jurídico de nulidad de actuaciones procesal para reponer la plena vigencia de tal derecho procesal. De hecho, en este supuesto de DANEMAR SA, efectivamente se propuso prueba en segunda instancia, de carácter testifical, la cual fue admitida.
- (vi).- Extremo diferente es que, una vez aprovechada esa oportunidad procesal por la parte, el resultado ofrecido por el tribunal *ad quem* no sea el deseable para la parte, el de la admisión de los medios propuestos. Este resultado es ya irrelevante respecto de la necesidad de colmar aquel derecho de acceso a la prueba, ya que en el contenido de tal derecho lo fundamental es valorar la idoneidad y pertinencia de los medios de prueba, no dar lugar a la práctica en todo caso.
- (vii).- Por tanto, la concreta irregularidad invocada por DANEMAR SA para generar la nulidad de actuaciones es este caso, no resulta cobijable bajo los supuestos susceptibles de generar dicha consecuencia, por ser su tratamiento legal distinto del recogido para la reposición de las actuaciones.

**Motivo segundo: error en la valoración de prueba sobre la sustracción de clientela .**

(9).- *Formulación del motivo* . Disiente el recurso de DANEMAR SA de la Sentencia apelada cuando ésta nada dice acerca de la fecha en la que el listado de clientes usado por BOY CAPEL SL Y OTROS para el desarrollo de su actividad, que había sido entregado a esta parte demandada por un antiguo proveedor de aquella, Citizens



Of Humanity (CoH), ya que, señala el recurso, eso habría ocurrido antes de abril de 2009, cuando Citizens Of Humanity había resuelto su contrato con DANEMAR SA en marzo de 2009.

(10).- ( *Argumentos del motivo* ) Señala el recurso que (i).- BOY CAPEL SL ya tenía que conocer de mucho antes los datos confidenciales de los clientes a los que se dirigió desde finales de marzo de 2009, por medio de Felix , quien había trabajado para DANEMAR SA, precisamente como comercial, y quien debió sustraer el listado de clientes durante su relación laboral con esta entidad; (ii).- ya que la parte demandada ofreció desde noviembre de 2008 un plan de actuación a Citizens Of Humanity, para obtener el contrato de distribución con ella, donde hacía referencia a los puntos de venta de los productos con las marcas titularidad de la esa empresa americana; (iii).- si lo hizo así, afirma DANEMAR SA, en tal momento anterior a que Citizens Of Humanity le diera dicha información, es porque necesariamente había sustraído la lista de clientes; (iv).- ello sería, se dice, un acto de sustracción de clientela contrario a la buena fe, según el art. 5 LCD (actual art. 4).

(11).- *Hechos probados* . Para resolver la cuestión controvertida en este recurso, deben ser fijados previamente los hechos relevantes, según las alegaciones de las partes y el contenido de las normas de aplicación, acontecimientos que se acreditan a través de los medios de prueba a los que se hará referencia en cada supuesto. Son los siguientes:

1º.- DANEMAR SA está dedicada a la importación y venta al por mayor de prendas de vestir, al igual que otras sociedades de su grupo.

2º.- Desde el año 2005, DANEMAR SA contaba con un contrato de distribución en exclusiva para España de las prendas de marca de la que es titular la sociedad norteamericana Citizens Of Humanity LLC.

3º.- Felix fue trabajador de una de las sociedades del grupo de DANEMAR SA, desde el día 21 de septiembre de 2002, hasta el día 11 de enero de 2007, cuando curso baja voluntaria. Durante tal periodo, estuvo encargado de la venta de la totalidad de la colección de prendas de Citizens Of Humanity en España y Portugal.

4º.- En ese mismo tiempo, Dulce prestó colaboración esporádica para otra sociedad del grupo de DANEMAR SA.

5º.- Tras la baja en DANEMAR SA, por Felix y Dulce se constituyó en fecha de 7 de febrero de 2007 la sociedad BOY CAPEL SL, cuyo objeto social es la venta de ropa y complementos al por mayor.

6º.- En fecha de 16 y 17 de marzo de 2009, Citizens Of Humanity comunicó a DANEMAR SA que daba por finalizado el contrato de distribución, y que debía por tal razón entregar la documentación derivada de las relaciones contractuales al nuevo distribuidor, que sería BOY CAPEL SL, así como que le remitiese los pedidos pendientes.

[Hechos no controvertidos por las partes, arts. 281.3 LEC y 405.2 LEC , que coinciden sustancialmente con los alegados en la demanda].

7º.- Se siguió litigio ante los tribunales de EEUU por dicha resolución contractual, a instancia de Citizens Of Humanity contra DANEMAR SA. Tal litigio terminó por resolución que declaró la resolución causal, basada en la falta de volumen de ventas mínimo previsto en el contrato por parte de DANEMAR SA.

[f. 335 a 384 de los presentes autos, copia de las resoluciones y su traducción].

8º.- Antes de ello, en fecha de 12 de noviembre de 2008, por Felix y Dulce , se remitió comunicación a los responsables de Citizens Of Humanity en la que señalaban:

*" sería un sueño para nosotros trabajar con Citizens Of Humanity de nuevo. Durante sus primeras seis temporadas en el mercado español estuvimos encargados de las campañas de venta tanto en el showroom de Madrid y viajando con la colección por toda España (...) Animados por nuestro clientes minoristas (los mejores de España), hace dos años nos atrevimos a abrir nuestro propio showroom en Madrid, Boy Capel, el cual está lleno de energía e ilusión. También estamos muy experimentados en todo lo concerniente a la ventas de marcas de Los Ángeles (...) Consideren esta carga como una propuesta para ser su distribuidor de Citizens Of Humanity para los mercados de España y Portugal, en caso de necesitar uno en el futuro. (...) Si lo consideran necesario les podemos facilitar un completo plan de distribución para las próximas tres campañas "*

9º.- En fecha de 24 de febrero de 2009, una persona vinculada BOY CAPEL SL remite un correo a Citizens Of Humanity, en el que señala que:

*" Muchas gracias por el agradable encuentro que tuvimos en Nueva York (...) apreciamos mucho la claridad y apertura de las tareas para el negocio futuro de COH en España y Portugal. En este sentido, quiero confirmar nuestro interés y deseo en ser agentes de COH y de la línea Adriano Goldschmied. Por cierto, hoy podemos facilitarle alguna información confidencial sobre el actual distribuidor de COH en nuestro territorio. Hoy en día,*



tiene aproximadamente unos 60 puntos de venta abiertos. La cifra media de ventas oscila entre 5.000?/45 piezas. El precio total medio es de 108?. Aunque el número de clientes parece correcto, muchos de ellos realizan pedidos pobres. Por tanto, estamos seguros de que podemos incrementar estas cifras al igual que la calidad de las tiendas en las que COH vende al por menor.

Del 15 de marzo al 15 de abril viajaremos por todo el territorio y mostraremos las muestras de la colección de COH para el otoño invierno 09 a 20 tiendas minoristas adicionales que echamos en falta en la actual lista de tiendas (...).

[Para los dos anteriores, hechos no controvertidos por las partes, arts. 281.3 y 405.2 LEC].

**(12).- Valoración del tribunal(l): examen de tipificación imputada .** No puede prosperar el presente motivo de recurso ya que:

(i).- Los hechos probados deben ser valorados exclusiva y concretamente bajo la forma de imputación de deslealtad concurrencia propuesta en la demanda de la parte actora, ya que así lo exige el principio de congruencia, art. 218.1 LEC .

(ii).- Respecto de tales hechos, DANEMAR SA imputa un acto de competencia desleal del art. 5 LCD (actual art. 4), por sustracción ilegítima de clientela, ejecutado por antiguos trabajadores con uso de la lista de clientes del anterior empleador. Esta es la única perspectiva ahora examinable, la captación de clientes por BOY CAPEL SL Y OTROS, y no la relación de ésta con Citizens Of Humanity, lo que es subsumido por la demanda en otros preceptos. En tal sentido la STS nº 822/2011, 16 de noviembre , señala que:

" Cada uno de los ilícitos concurrenciales de la Ley de Competencia Desleal tiene sustantividad propia y autonomía y da lugar a una modalidad de acción, la cual debe configurarse -identificarse e individualizarse- de forma precisa y concreta. La delimitación fáctica y jurídica de cada uno de los supuestos que permiten la incardinación de los tipos legales, general o específicos, de ilícito concurrencial corresponde a quien demanda, sin que le sea dable hacer una relación de hechos históricos, para a continuación diferir al Tribunal la selección del tipo que estima adecuado al caso (S. 22 de noviembre de 2010). Ello no forma parte de la función jurisdiccional, ni se compagina con el principio de rogación, ni en definitiva lo permite la defensa de la otra parte, la cual, ante tal remisión genérica, se vería forzada a razonar el rechazo, para el caso, de todos y cada uno de los tipos legales, incluso el de cierre recogido en el art. 5 LCD (actual, artículo 4.1) . La elección de una u otra acción, o de varias acumuladas, corresponde a la parte interesada, la que tiene la carga procesal -imperativo del propio interés- de expresar con claridad, y no de forma farragosa y confusa (como se le imputa en el supuesto de autos) la concurrencia de los requisitos del ilícito correspondiente. No es asumible la opinión, porque obviamente no lo permiten el art. 218 LEC , ni el principio "iura novit curia", de que el Tribunal pueda aplicar un tipo diferente del indicado por la parte cuando la indicación es equivocada, ni que pueda suplir la falta de mención del precepto, salvo que en este caso fluya de manera natural e inequívoca de la descripción efectuada por el interesado. La facultad concedida al Tribunal de corregir el desacierto de la parte en la cita o alegación de la norma ex art. 218.1 LEC , no autoriza a cambiar o corregir los planteamientos de las partes, ni a suplir en tal aspecto su incuria o desconocimiento jurídico, y menos todavía cuando se afecta a las pretensiones ejercitadas, en cuya selección y delimitación deben esmerarse los interesados, y por eso se exige la dirección procesal de Letrado ."

**(13).- Tratamiento jurisprudencial de la captación ilegítima de clientela .** A tal respecto la STS nº 628/2008, de 3 de julio , FJ 3º.4 y ss. , señala que:

"(...) los hechos consistentes en la mera contratación de trabajadores o de personas que realizan funciones técnicas o directivas en una empresa por otra de semejante actividad para desarrollar la misma o similar función, o el abandono por un trabajador o grupo de ellos de una empresa para constituir o integrarse en otra del mismo tráfico económico, no es suficiente para apreciar la existencia del ilícito competencial del art. 5º LCD , ni siquiera cuando se aprovecha la experiencia personal y profesional adquirida por la dedicación a igual actividad industrial o comercial. Prevalecen en tales casos la libertad de trabajo y libre iniciativa y de desarrollo de la actividad económica.

Así lo ha venido entendiendo la doctrina de esta Sala en Sentencias, entre otras, de 11 de octubre y 29 de octubre de 1.999 y 28 de septiembre de 2.005 , con arreglo a las que "no cabe impedir que un empleado deje el trabajo y desarrolle una actividad semejante para la que precisamente estaba profesionalmente preparado"; 1 de abril de 2.002 (que se refiere a un supuesto de unos empleados que abandonan la empresa y pasan a constituir otra dedicada a la misma actividad); 14 de marzo de 2.007 (que recoge la doctrina de las anteriores); y 23 de mayo de 2.007 (la mera captación o trasvase de trabajadores de una empresa a otra que se funda o ya en funcionamiento con la misma actividad industrial y/o comercial no es suficiente para generar un ilícito de competencia desleal) ."

Igualmente, la STS de 9 de mayo de 2008 , sobre esta materia, había ya indicado que:



" Respecto de la alegación de que [...] se ha beneficiado de los contactos y conocimiento que poseía como consecuencia de haber trabajado para la actora, tampoco puede considerarse como una circunstancia constitutiva del carácter concurrencialmente ilícito de la conducta de dicha demandada, puesto que es reiterada la jurisprudencia que declara que las habilidades, capacidades, experiencia y conocimiento del sector que componen la formación y capacitación profesional del trabajador son de libre uso por el mismo. Mientras que no se haga uso de secretos industriales o empresariales por parte del trabajador para fines distintos de los dispuestos por la empresa que ha dado a esos datos el carácter de secreto industrial o empresarial, o no concurren otras circunstancias que cualifiquen negativamente la conducta por la distorsión que introducen en el mercado (por implicar obstaculización, expolio, engaño, confusión, aprovechamiento indebido de esfuerzo o prestigio ajenos, etc), el aprovechamiento por el trabajador, para sí o para otro, de su experiencia y conocimiento del sector no es desleal, por más que dicha experiencia y conocimiento lo haya adquirido trabajando para un tercero ".

Es más, aun cuando el conocimiento usado por el antiguo empleado pudiera tener algún valor empresarial derivado de su carácter reservado, tal uso sería legítimo, como señala la STS 48/2012, 21 de febrero :

" La experiencia profesional del empleado no puede considerarse un secreto empresarial de la empresa empleadora ni, desde luego, es exigible que quien deja una empresa para trabajar en otra dedicada a la misma actividad prescinda absolutamente, como parece pretenderse en este fundamento del recurso, de todo lo aprendido en la primera, ya que esto equivaldría a la eliminación del propio concepto de experiencia profesional como factor relevante de todo currículum orientado a obtener un puesto de trabajo."

**(14).- Valoración del tribunal (II): examen de deslealtad .** Por tanto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, de las circunstancias fácticas del caso, debe resaltarse lo siguiente:

(i).- Cuando Felix y Dulce deciden como nuevos distribuidores de Citizens Of Humanity en España dirigirse a los clientes minoristas, habían pasado ya dos años desde su desvinculación profesional con DANEMAR SA, de enero de 2007 a marzo de 2009.

(ii).- La propia demanda de DANEMAR SA reconoce que dicho listado de clientes no tenía un carácter confidencial o de especial valor reservado. Se trata de tiendas de venta de ropa de calidad, en número aproximado de 50, fácilmente memorizable por comerciales profesionales que trabajaron varios años en el sector.

(iii).- El conocimiento de cuáles eran los clientes minoristas de DANEMAR SA pertenece necesariamente al acervo del conocimiento profesional de las personas que han sido sus comerciales.

(vi).- El uso de dicho conocimiento propio, una vez el trabajador se desvincula de la empresa, siempre que no existan pactos de confidencialidad o no concurrencia, no puede suponer acto de competencia desleal alguno, cuando el antiguo trabajador se dirige a los que fueron clientes de su anterior empleador.

(v).- Y no solo es que Felix y Dulce se hubieran desligado ya de DANEMAR SA, sino que lo habían hecho mucho tiempo antes de dirigirse a esos clientes.

(vi).- En relación con dichos clientes, por DANEMAR SA no se alega ni justifica en modo alguno que se haya realizado una forma de contacto o comunicación con ellos que pueda suponer por sí algún acto de competencia desleal, ni ninguna clase de uso de información supuestamente confidencial para atraer esos clientes de venta minorista a favor de BOY CAPEL SL.

(vii).- De hecho, la propia testigo Sra. María Antonieta , en su examen en el acto de la vista de apelación, en fecha de 30 de marzo de 2017, señala que el conocimiento de los clientes es un bagaje personal de los comerciales, que contactan continuada y duraderamente con ellos durante su relación laboral por cuenta ajena, y conocimiento que se llevan cuando rompen con su anterior empleador.

**Motivo tercero: infracción del art. 11 LCD .**

**(15).- Formulación del motivo .** Se indica en el recurso de DANEMAR SA que la Sentencia apelada yerra al entender no aplicable el art. 11 LCD , basada en que la resolución del contrato de distribución entre Citizens Of Humanity y DANEMAR SA se debe a causa imputable a ésta.

Señala el recurso que para tal conclusión, la Sentencia apelada ha dado validez a un pronunciamiento de un tribunal extranjero, sin que la resolución del mismo haya sido reconocida legalmente en España mediante el exequatur correspondiente.

**(16).- Valoración del tribunal .** No puede acogerse el presente motivo de recurso, por las razones siguientes:



- (i).- En todo caso, la tipificación de deslealtad sostenida en la demanda de DANEMAR SA es inaceptable jurídicamente.
- (ii).- La pag. 19, pf. 1º, del escrito de demanda, la que en exclusiva se dedica a esto en todo el escrito, cobija en el art. 11 LCD , tras reproducir el precepto, el siguiente comportamiento: " *el contrato de distribución que mi cliente mantenía con Citizens Of Humanity se ha visto alterado por la influencia de los responsables de BOY CAPEL, desacreditando a mi representada hasta obtener la rescisión del contrato y la consiguiente concertación de un contrato de agencia en beneficio de su sociedad, con utilización en definitiva de toda la red comercial aportada por mi mandante en España y Portugal, por lo que resulta indudable la legitimidad de mi representado para defender su derecho* ".
- (iii).- Debe recordarse que el art. 11.1 LCD establece la legitimidad concurrencial de la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales, salvo que estén protegidos por un derecho de exclusiva. Ese derecho se refiere a la titularidad de derechos de propiedad industrial o intelectual reconocidos legalmente; no a que se disponga de un pacto de exclusiva con un tercero para distribuir ciertos productos en un área geográfica. Ello porque de entrada, se trata de un mero derecho comercial reconocido por contrato, no por ley, como exige el art. 11.1 LCD ; y en segundo lugar, porque la imitación de los productos o iniciativas objeto de concesión, seguirían siendo libres, salvo que se infrinjan derechos de propiedad intelectual o industrial, como patentes, marcas o diseños industriales.
- (iv).- El art. 11.2 LCD establece una excepción a dicha regla, basada en que el comportamiento básico de imitación de prestaciones o iniciativa empresarial, se haga con aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, o con riesgo de asociación.
- (v).- El problema del planteamiento de la demanda de DANEMAR SA es que obvia por completo que la base de lo regulado en el art. 11 LCD es que exista una imitación de prestaciones o iniciativas empresariales, lo que no aparece ni razonado ni expuesto a lo largo del litigio.
- (vi).- Es más, no puede subsumirse en modo alguno el comportamiento que DANEMAR SA imputa a BOY CAPEL SL Y OTROS realizado supuestamente con Citizens Of Humanity con una imitación de prestaciones o iniciativas empresariales.
- (vii).- Por lo demás, a fin de dejar contestada la alegación del recurso, no es que la Sentencia apelada valide en España una resolución extranjera no reconocida por los cauces legales, lo que supondría darle plena ejecutividad, sino que se limita a valorar que de lo aportado a los autos, que la resolución del contrato por Citizens Of Humanity con DANEMAR SA se presenta como justificada causalmente, y no como un acto caprichoso. Se trata tan solo de una valoración probatoria, sin dar alcance de operatividad ejecutoria a aquella resolución extranjera.

**Motivo cuarto: error en la valoración de prueba, respecto a la infracción del art. 11 y 14 LCD , por inducción al incumplimiento contractual .**

(17).- *Formulación del motivo* . Se indica en el recurso de DANEMAR SA que debe ser apreciada, en contra de los sostenidos en la Sentencia recurrida, la inducción realizada por BOY CAPEL SL Y OTROS sobre Citizens Of Humanity para que por ésta se incumpliese el contrato de distribución en exclusiva vigente con DANEMAR SA, para todo el año 2009.

(18).- *Valoración del tribunal* . No puede prosperar el presente motivo de recurso, por las siguientes razones:

- (i).- Para apreciar la concurrencia del comportamiento de deslealtad tipificado legalmente en el art. 14.1 LCD , no basta con que exista un incumplimiento contractual de un tercero que estuviere vinculado con quien denuncia la supuesta deslealtad. De hecho, ni siquiera es exigible que tal incumplimiento llegue a producirse.
- (ii).- Lo básico es que exista una inducción positiva por parte del demandado sobre el tercero, para que éste proceda al incumplimiento de sus deberes contractuales que le vinculan con el actor.
- (iii).- Tal inducción, llegue a plasmarse su intencionalidad o no con el efectivo incumplimiento por el tercero, debe ser positiva y eficiente, esto es, apta para llegar a generar objetivamente en el tercero la voluntad de incumplir, lo que permite excluir comportamientos de menor entidad, no aptos ni potencialmente para alcanzar tal fin.
- (iv).- Por ello, toda la argumentación de DANEMAR SA sobre el comportamiento contractual de Citizens Of Humanity y la final resolución del contrato, resulta bastante ociosa, ya que a lo que debe atenderse es si por BOY CAPEL SL Y OTROS se indujo a Citizens Of Humanity a incumplir el contrato con DANEMAR SA.



(v).- De lo aportado a autos, no consta presión o comunicación eficiente dirigida por BOY CAPEL SL Y OTROS a Citizens Of Humanity para lograr conformar, de forma objetiva, la voluntad de incumplir el contrato de distribución con DANEMAR SA.

(vi).- El tono de todas las comunicaciones relevantes en tal sentido usado por BOY CAPEL SL Y OTROS es de invitación, de oferta de disponibilidad, de exposición de sus propias capacidades como futuro representante, pero para nada de presión, influencia decisiva o requerimiento para lograr que se incumpla el contrato.

(vii).- El tono de las comunicaciones aportadas es de " *sería un sueño para nosotros trabajar con Citizens Of Humanity (...) Consideren esta carta como una propuesta para ser su distribuidor (...) en caso de necesitar uno en el futuro (...)* ", o en otra, la de 24 de febrero de 2009, "*apreciamos mucho su claridad y apertura de tareas para el negocio futuro (...) quiero confirmar nuestro interés y deseo en ser los agentes de COH (...)*".

(viii).- Las referencias en la carta de 24 de febrero de 2009 a las condiciones de distribución de DANEMAR SA, precios, volumen de ventas... lo son a los meros efectos de manifestar en la oferta de contratación realizada por BOY CAPEL SL Y OTROS que pueden alcanzar mejores resultados, lo cual es legítimo concurrencialmente, ya que no se induce a incumplir ningún contrato. Por otro lado, esos datos referidos a dos años después de abandonar DANEMAR SA, pueden fácilmente ser obtenidos del contacto con los propios vendedores minoristas.

(ix).- No se denigra el trabajo de DANEMAR SA para que por tal vía Citizens Of Humanity incumpla el contrato, sino que se habla de que " *aunque el número de clientes parece correcto, muchos realizan pedidos muy pobres* ", donde se atribuye el rasgo a los pedidos de los clientes minoristas, no al trabajo de DANEMAR SA.

(x).- De hecho, lo que permite inferirse de los autos es que la resolución del contrato por Citizens Of Humanity no es tachable de incumplimiento contractual, como exige el art. 14.1 LCD, sino de resolución causal basada en incumplimientos de la contraparte, como fue valorado en el litigio extranjero seguido por dicha razón.

(xi).- En todo caso, del comportamiento contractual de Citizens Of Humanity respecto de DANEMAR SA, por sí solo, no puede deducirse la existencia alguna de inducción a la infracción contractual competida por BOY CAPEL SL y OTROS. Y ello es particularmente predicable del hecho de que Citizens Of Humanity redireccionara los últimos encargos hechos por DANEMAR SA, justo antes de la resolución del contrato de distribución, hacia BOY CAPEL SL, cuando al momento de servir el pedido aquel contrato ya había sido resuelto.

(19).- De nuevo, la cita en este punto de art. 11 LCD carece de toda operatividad, ya que el comportamiento desleal tipificado en tal precepto, nada tiene que ver con la actuación que se afirma cometida, y su antijuridicidad legal no es aplicable a los hechos descritos, desde su propia formulación.

#### **Motivo quinto: Indemnización de daños y perjuicios .**

(20).- Este motivo se dedicaba en el recurso de DANEMAR SA a la fijación de la indemnización, para el caso de que se estimase la concurrencia de la deslealtad concretamente imputada en la demanda contra BOY CAPEL SL Y OTROS.

Como se aprecia, no puede apreciarse tal deslealtad, por lo que no procede realizar análisis alguno de la cuestión indemnizatoria, que queda sin presupuesto.

#### **Costas procesales de la apelación .**

(21).- Dispone el art. 398.1 LEC, respecto al criterio legal sobre imposición de costas en los recursos, que " *Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394* ", es decir, se acogerá el principio de estimación objetiva del recurso, con la única atenuación excepcional relativa a la apreciación eventual de circunstancias especiales, como dudas de hecho o de derecho en el caso, que justificasen apartarse de aquel principio general.

En atención a la desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto por DANEMAR SA, debe procederse a imponer a dicha parte apelante el pago de las costas en esta alzada.

En virtud de las razones expuestas, de las pruebas analizadas y de los preceptos citados se dicta el siguiente

### **FALLO**

I.- Debemos desestimar y desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por DANEMAR SA, frente a la Sentencia de fecha 26 de junio de 2013, del Juzgado de lo Mercantil Nº 12 de Madrid, recaída en el proceso seguido como Juicio Ordinario nº 97/2013 de tal Juzgado, resolución que se confirma.





II.- Debemos imponer e imponemos a DANEMAR SA el pago de las costas procesales de esta segunda instancia, en cuantía que resulte de tasación practicada al efecto.

III.- Acordamos la pérdida de los depósitos realizados, en su caso, para la interposición del recurso de apelación.

**Modo de impugnación.-** Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, ante esta misma Audiencia, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de modo conjunto, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación

Así por esta nuestra sentencia, que se dicta, manda y firma en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso, en nombre SM el Rey.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJUR