

Nº de Recurso: 131/2017. **ROJ:** SAP B 2855/2018
Nº de Resolución: 236/2018
Tribunal: Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15
Juez Ponente: José María Fernández Seijo

**Audiencia Provincial Civil de Barcelona
Sección 15**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120158009349

Recurso de apelación 131/2017 -1

Materia: Juicio ordinario competencia desleal

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Barcelona

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 1051/2015

Parte recurrente/Solicitante: PUNTO FA S.L.

Procurador/a: Angel Quemada Cuatrecasas

Abogado/a:

Parte recurrida: THE CREW STUDIO BARCELONA S.L., Emma , Mónica

Procurador/a: Miguel Avila Jarrin

Abogado/a:

SENTENCIA Nº 236/2018

Cuestiones.- Competencia desleal. Actos de engaño. Actos de confusión. Actos de explotación de la Reputación ajena. Actos contrarios a las exigencias de la buena fe.

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

ELENA BOET SERRA

Barcelona, a once de abril de dos mil dieciocho.

Parte apelante: Punto Fa, S.L.

Letrado: Francisco Málaga Diéguez.

Procurador: Ángel Quemada Cuatrecasas.

Parte apelada: The Crew Studio Barcelona, S.L., Emma y Mónica .

Letrado: Javier Ávila Jarrín.

Procurador: Miguel Ávila Jarrin.

Resolución recurrida: Sentencia.

Fecha: 1 de diciembre de 2016.

Parte demandante: Punto Fa, S.L.

Parte demandada: The Crew Studio Barcelona, S.L., Emma y Mónica .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: « Debo desestimar y desestimo la demanda que ha dado lugar a las presentes actuaciones, sin condena en costas para ninguna de las partes ».

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante por escrito de 16 de enero de 2017. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito el 13 de febrero oponiéndose a la apelación y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 16 de noviembre de 2017.

Ponente: magistrado JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Circunstancias necesarias para resolver el recurso.

1.- Punto Fa, S.L. (Punto Fa) interpuso demanda de juicio ordinario contra The Crew Studio Barcelona, S.L. (The Crew), Emma y Mónica solicitando que se declararan desleales determinados actos referidos al uso de imágenes de un catálogo de la marca Mango en la actividad profesional desarrollada por las demandadas, así como otras actuaciones desleales. También se imputaban a las demandadas infracciones de propiedad industrial.

Las acciones acumuladas eran de naturaleza declarativa, así como de reparación del daño causado mediante la orden de cese de esas actividades, prohibición de reiteración futura de esas conductas, más la declaración de responsabilidad mancomunada de las Sras. Emma y Mónica . Todo ello con expresa condena en costas.

2.- Las codemandadas se opusieron a lo pretendido de contrario y argumentaron que ni su conducta podía reputarse desleal, ni habían infringido derechos de propiedad industrial de Punto Fa, por ello pedían la desestimación de la demanda en su integridad.

3.- Tras los trámites correspondientes, el Juzgado Mercantil 3 de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda, descartando que los hechos declarados probados fueran constitutivos de ninguno de los ilícitos de competencia desleal. En la audiencia previa la parte actora había indicado que no ejercitaba ninguna acción vinculada a la infracción de derechos de propiedad industrial, tampoco acciones de responsabilidad al amparo de la Ley de Sociedades de Capital.

4.- En el fundamento segundo de la sentencia se recoge el siguiente relato de hechos probados:

« (1) Dña. Mónica y Dña. Emma eran, durante la primavera de 2014 y hasta el otoño de 2015, empleadas de la actora que desempeñaban labores de gran responsabilidad en el diseño y producción de la línea de ropa "Mango suite".

(2) En mayo de 2014 constituyeron la mercantil The Crew Studio Barcelona S.L., para desarrollar un proyecto de asesoramiento a empresas proveedoras de grandes marcas de distribución textil. Ambas eran socias y administradoras de la sociedad. Comunicaron este propósito a su empleador, concretamente a D. Bruno , Presidente fundador del "Grupo Mango", quien les incentivó económicamente para que conservaran su relación laboral. Por dicho motivo, ambas codemandadas abandonaron temporalmente su propósito empresarial.

(3) Dña. Emma se desvinculó voluntariamente de la actora con fecha de efectos de 10/9/15, recuperando en dicho momento ese proyecto empresarial. A tal fin, desarrolló una página web utilizando para su elaboración, entre otros recursos, fotografías del catálogo de verano de 2014 de la marca "Mango", que ilustraban prendas en cuyo diseño había participado. Del mismo modo y en cualquier caso tras la finalización de su relación laboral

con la actora, asistió, como consultora de una empresa proveedora india, a una reunión concertada entre esta y representantes de la marca "Springfield".

(4) Dña. Mónica fue despedida el día 30/10/15, mientras se encontraba en período de baja maternal. En esa misma época se desvinculó de The Crew Studio Barcelona S.L., transmitiendo sus participaciones a Dña. Emma .

(5) Dña. Emma eliminó la página web de internet en fecha 30/10/15» .

5.- Partiendo de la anterior relación de hechos probados se descarta la infracción del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal (LCD), referido a actos de engaño. Se descarta también que hubiera infracción del artículo 6 de la LCD , referido a actos de confusión. No se aprecian actos que infrinjan el artículo 12 de la LCD , en el que se regula la explotación de la reputación y el esfuerzo ajeno. Tampoco se considera infringida la norma general del artículo 4 de la LCD , norma de cierre que se refiere a aquellos comportamientos objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe.

SEGUNDO .- Motivos del recurso.

6.- Recurre en apelación Punto Fa, en su escrito advierte que se han producido errores y omisiones graves en la apreciación de la prueba practicada, errores que deben ser corregidos para configurar, así, un relato más completo de hechos probados.

En el recurso también se hace referencia a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sabadell el 30 de noviembre de 2016 , aportada una vez dictada la sentencia por el Juzgado Mercantil 3 de Barcelona. Considera la parte recurrente que los hechos probados en la sentencia del juzgado de lo social acreditan la mala fe de las demandadas y su actuación desleal.

Se denuncia específicamente la declaración de uno de los testigos, Íñigo , a quien, a juicio de la recurrente, se intentó manipular para que declarara a favor de los intereses de las demandadas.

Junto con estas cuestiones de hecho, en el recurso se hace referencia a la incorrecta aplicación en la instancia de los tipos de competencia desleal denunciados. Se hace referencia a la legitimación pasiva de las tres codemandadas, cuya actuación puede considerarse incluida en una comunidad jurídica de objetivos. Se advierten las dificultades probatorias que normalmente se plantean a los demandantes en los procedimientos de competencia desleal y se desgranar los tipos de competencia desleal denunciados en la demanda (actos de engaño, de confusión, de explotación de la reputación y esfuerzo ajenos, así como la infracción de la cláusula general de buena fe) para considerar que un correcto relato de hechos probados determinaría la estimación de la demanda en su integridad, debiendo revocarse la sentencia dictada en primera instancia, estimándose la demanda en su integridad, con expresa imposición de las costas a las demandadas.

TERCERO.- Sobre la supuesta manipulación de uno de los testigos.

7.- Aunque Punto Fa no plantea esta cuestión en primer lugar en su recurso, creemos que debe tratarse antes de entrar a analizar la valoración de las pruebas practicadas ya que las

imputaciones que se hacen podrían determinar incluso la ilicitud de la prueba, en los términos que prevé el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

8.- La recurrente denuncia que las demandadas han intentado manipular la declaración de un testigo, Íñigo , como prueba de esa supuesta manipulación se acompaña un mensaje de voz remitido por la Sra. Emma al Sr. Íñigo días antes de la celebración del juicio.

En el escrito de oposición se niega ese intento de manipulación indicando que únicamente se pidió al testigo que acudiera a la vista de juicio dada la trascendencia de su declaración.

Decisión del Tribunal.

9.- En la sentencia recurrida no hay ninguna referencia a la declaración del Sr. Íñigo , por lo tanto, puede afirmarse que su aportación como testigo no ha tenido incidencia alguna en la configuración de los hechos probados. Esta circunstancia es suficiente para no entrar a valorar la imputación que hace Punto Fa.

En todo caso, examinado el mensaje de voz, la comunicación que realiza la Sra. Emma no permite considerar que pretendiera manipular el contenido de la hipotética declaración del testigo, únicamente ruega que acuda al llamamiento dada la trascendencia que cree que la declaración puede tener. El Sr. Íñigo era antiguo trabajador de la actora y de ahí su insistencia, sobre todo porque las demandadas se habían comprometido a citarles, no realizándose citación judicial.

10.- En definitiva, deben rechazarse las imputaciones de Punto Fa respecto de un hipotético intento de manipulación del contenido de la declaración del testigo de referencia.

CUARTO.- Sobre la incorrecta valoración de la prueba practicada y su incidencia en el relato de hechos probados.

11.- Como hemos indicado, el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida recoge un relato de hechos probados concretado en cinco puntos. En ese fundamento no hay referencia alguna que permita identificar los medios de prueba que permitan establecer ese relato, no distinguiendo entre hechos no controvertidos y hechos controvertidos y probados.

Hay que acudir al extenso fundamento tercero, a partir del punto III, para identificar los medios de prueba que han servido al juez para desestimar la demanda.

En el punto III, al referirse la sentencia a los actos de engaño, menciona la prueba documental, concretamente las referencias a la página web creada por las demandadas en las que aparecen fotografías de diseños de mango.

En el punto IV, que se ocupa de los actos de confusión, se menciona la declaración de la Sra. Emma y la testifical de la Sra. Maite , trabajadora de Springfield. En este punto se hace mención al escrito de demanda y al reconocimiento de las actividades que realiza Punto Fa (producción, venta al por mayor y al detalle de prendas de vestir) y las de The Crew (asesoramiento a empresas del sector textil).

En este punto IV se valora la prueba testifical de Delfina , empleada de la actora, propuesta por Punto Fa.

En el punto V, al tratar de los actos de explotación de la reputación y esfuerzo ajeno, se vuelve a hacer mención a la prueba documental (las impresiones de pantalla de la web de la demandada) y se valoran las declaraciones de las demandadas.

Finalmente, el punto VI, donde se analiza la incidencia de los hechos denunciados en las exigencias de la buena fe, se hace puntual mención a la declaración del testigo, Sr. Bruno, presidente del grupo empresarial en el que se integra la entidad actora.

Decisión del Tribunal.

12.- A la vista del recurso de apelación hemos revisado los medios de prueba propuestos y practicados con el fin de completar el relato de hechos probados en los siguientes términos:

12.1. En el hecho probado 1 (Dña. Mónica y Dña. Emma eran, durante la primavera de 2014 y hasta el otoño de 2015, empleadas de la actora que desempeñaban labores de gran responsabilidad en el diseño y producción de la línea de ropa "Mango suite") debería indicarse:

- Que Mónica tenía contrato laboral desde julio del año 2011 (el documento nº 3 de la demanda es el contrato laboral).

- Que su categoría profesional era la de directora creativa de diseño de la división Plana Suit, con un salario bruto anual de 200.000 € (así consta en los hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, incorporada a los autos por escrito de 13 de diciembre de 2016). Estos datos, referidos en la demanda, no fueron negados por las demandadas.

- Que Emma tenía contrato laboral con la actora desde 2004, también como creativa de Plana Suit, con un sueldo similar al de la Sra. Mónica (hecho no cuestionado en la contestación a la demanda).

- Que las demandadas han de considerarse personal altamente cualificado en la entidad demandante.

- Que, en el ámbito de su actividad profesional, despachaban directamente con el responsable del grupo Mango, Sr. Bruno (así lo manifiesta el propio Sr. Bruno y no ha sido negado por las demandadas).

12.2. Dentro de ese hecho probado primero, la parte apelante considera que debe destacarse la trascendencia de la denominada colección Mango Suit, dirigida a mujeres entre 20 y 40 años. La demandante indica que esta colección supone un 30% de la facturación de la compañía.

Para sustentar estas afirmaciones la actora se remite a la declaración de la Sra. Delfina y del Sr. Bruno (directora de la división Plana Suit y responsable de Mango, respectivamente). Consideramos que la declaración de estos dos testigos, estrechamente vinculados a la actora, no es suficiente para considerar probado que Mango Suit es la principal colección de Mango y mucho menos la incidencia en la facturación. La actora disponía de medios de prueba mucho más convincentes para acreditar este extremo, medios tales como los apuntes contables correspondientes.

12.3. La demandante observa imprecisiones en los hechos referidos a la puesta en funcionamiento de la web www.thecrewstudiobarcelona.com.

Es un hecho no controvertido el referido a la fecha en la que las Sras. Emma y Mónica se desvincularon de la sociedad actora, la primera por baja voluntaria, la segunda por despido, el 10 de septiembre de 2015 y el 30 de octubre de 2015 respectivamente. Debe destacarse que la Sra. Mónica fue despedida mientras se encontraba en situación de baja por maternidad.

El despido fue por razones disciplinarias, concretamente por transgresión de la buena fe contractual, por competencia desleal.

12.4. Tampoco resulta controvertido que The Crew Studio Barcelona, S.L. se constituyó en mayo de 2014. El documento nº 2 de la demanda (los datos registrales de la sociedad demandada) permite establecer que su objeto social es el asesoramiento de empresas del sector de la moda, el diseño de prendas de vestir y complementos. Las Sras. Emma y Mónica constan como administradoras de la sociedad desde su constitución, ambas son partícipes de la compañía.

A partir del 25 de febrero de 2016 la Sra. Emma pasa a ser administradora única.

En marzo de 2016 The Crew se dio de alta en el censo de empresarios.

12.5. Del hecho probado tercero se deduce que la activación de la página web y la inclusión de las fotografías de la colección de Mango se produce tras resolver la Sra. Emma su relación laboral.

En el escrito de apelación Punto Fa considera que dicha conclusión no es correcta y que las fotografías controvertidas, referidas a una colección de Mango, accedieron a la web con anterioridad al 10 de septiembre de 2015. La recurrente apoya esta tesis en la declaración de la Sra. Delfina (responsable de la colección Suit de Mango), propuesta por la actora. La Sra. Delfina, a su vez, afirma que diversos trabajadores de Mango le advirtieron que las fotografías estaban en la web de The Crew antes de la baja voluntaria de la Sra. Emma.

El acta notarial en la que se imprimen los contenidos de la web es posterior al 10 de septiembre de 2015 (concretamente el 9 de octubre de 2015).

La Sra. Emma afirma que las fotografías accedieron a la web tras su baja voluntaria y que al poco tiempo borró las mismas.

Es cierto que dentro de la esfera probatoria de las demandadas se encontraba la referida al contenido de la web y las fechas en las que se incorporaron los contenidos controvertidos, pero también debemos advertir que la actora tuvo en su mano realizar los requerimientos documentales bien a las demandadas, bien a los servidores o gestores de la web para obtener esa información, y no lo hizo.

En definitiva, consideramos que la prueba en la que apoya Punto Fa su tesis no es suficientemente sólida como para imputar a la Sra. Emma y a The Crew ese hecho.

12.5. De igual modo, la parte actora considera que la reunión a la que acudió la Sra. Emma con Springfield (empresa textil competidora de Mango) fue para ofrecer sus servicios profesionales. La demandada afirma que acudió a ese encuentro como intermediaria de un proveedor indio.

Junto a la contestación a la demanda se acompaña la referencia a los correos electrónicos de esa reunión, correos que permiten considerar acreditado que el encuentro se produce tras la resolución laboral de la Sra. Emma , concretamente el 9 de octubre de 2015.

13. Una vez se dictó sentencia en primera instancia se acompañó la sentencia del Juzgado de lo Social N° 1 de Sabadell en la que se desestimó la petición de despido nulo solicitada por la Sra. Mónica .

En la sentencia de lo social se considera que la actividad de The Crew está dentro de la actividad propia de Mango-Punto Fa: «Así, dentro del organigrama de la empresa demandada existen determinados puestos de trabajo cuyas funciones y responsabilidades principales coinciden esencialmente con los ofrecidos por la empresa The Crew» .

También se indica en la sentencia de lo Social que en mayo de 2014 la Sra. Mónica mantuvo una reunión con el Sr. Bruno en la que manifestó que quería marcharse para iniciar otro proyecto empresarial propio. El Sr. Bruno le propuso mantenerse en la empresa doblándole el sueldo mensual bruto de 7.582'73 euros a 16.800'25 euros.

En esta misma sentencia se indica que los primeros indicios de promoción de The Crew por parte de la Sra. Emma y la Sra. Mónica se detectaron por trabajadoras de la actora en septiembre de 2014 y que la Página web pudo activarse en esas fechas.

13.1. Respecto del valor que pueda tener en los presentes autos la sentencia dictada por el juzgado de lo social. Debe tenerse en cuenta que el concepto de deslealtad que analiza el juzgado de lo social es estrictamente laboral, no tiene por qué ser equivalente a las conductas desleales tipificadas en la LCD, que es la aplicable en el supuesto de autos. Lo que debe valorarse es la relevancia que los hechos puedan tener para poder ser tachados de desleales en el ámbito civil.

No puede olvidarse que la jurisprudencia es clara en este punto, el Tribunal Supremo tiene declarado que:

«Aunque esta Sala consideró en un principio improcedente la alegación de cosa juzgada o de litispendencia respecto de litigios de otro orden jurisdiccional (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1986 y núm. 67/1998, de 6 de febrero , recurso núm. 11/1994 , entre otras), más adelante ha matizado dicha doctrina, en línea con la jurisprudencia constitucional.

En línea con lo declarado por la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 23/2012, de 26 de enero, recurso núm. 156/2009 , que cita otra anterior, puede afirmarse que art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones. Únicamente en cuanto a la fijación de hechos pudiera producirse tal efecto, pues la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra jurisdicción no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica» (STS de 19 de septiembre de 2013 . ECLI:ES:TS:2013:4673).

La resolución citada hace mención específica a la incidencia que pudieran tener las resoluciones dictadas por un juzgado de lo social en un procedimiento civil seguido en paralelo:

« (E)l criterio seguido por la sentencia de la Audiencia Provincial es correcto. En su fundamento quinto declara que no cabe hablar de eficacia de cosa juzgada de la sentencia del tribunal de la jurisdicción social en el proceso civil, por la diversidad de objetos de uno y otro (tanto "petitum" [petición] como causa de pedir) y la diversidad de perspectivas de enjuiciamiento, pero no se puede negar valor probatorio a las declaraciones contenidas aquella sentencia sobre hechos clave en el juicio civil» .

13.2. Por lo tanto, aunque puedan extraerse algunos elementos de utilidad del relato de hechos probados de la sentencia de lo social para los presentes autos, sin embargo, los parámetros para establecer si existe o no comportamiento desleal de la demandada son distintos y la relevancia, a los efectos mercantiles, también es distinta.

QUINTO.- Sobre los hechos establecidos en la demanda como desleales.

14. En la sentencia de instancia se advierte que la demanda era especialmente vaga. Revisada en la segunda instancia la demanda podemos afirmar que la parte demandante no establece una conexión precisa entre los hechos denunciados en la demanda y su relación con los tipos de deslealtad previstos en la LCD. Sin embargo, creemos que en la demanda hay elementos fácticos suficientes como para identificar las concretas actuaciones que Punto Fa imputa a las demandadas y que considera desleales:

14.1. Punto Fa detectó la falta de dos libros que consideraba esenciales para la estrategia y desarrollo de las colecciones de Mango, concretamente los libros denominados en el argot del sector: Colori y Peclers . Estos libros incorporan las líneas que seguirán las tendencias de la moda en temporadas futuras, libros muy apreciados en el sector de la moda.

La actora imputa a las demandadas la desaparición de esos libros o manuales, ya que aspectos puntuales de estos libros se reproducen en la página web de la demandada (el documento nº 5 es el acta notarial en la que se reproducen los contenidos de la página web de The Crew).

14.2. También se imputa a las demandadas el uso en la página web de unos paneles elaborados para el uso interno de Mango, diseñados para el desarrollo de las colecciones, paneles que se incorporan a la web de The Crew sin que se indique su origen.

14.3. También se considera desleal por la actora el contacto que la Sra. Emma tuvo con una competidora ofreciéndole sus servicios.

15.- La prueba practicada en los presentes autos no permite considerar acreditado el valor estratégico de los libros o manuales referidos en la demanda, tampoco permite imputar a las demandadas la sustracción de dicho material. En la demanda no se indica que esos libros o manuales hayan sido creados por Mango, lo que se afirma es que han sido adquiridos por Mango, que dispone de una biblioteca de moda de más de 1.000 ejemplares. De hecho esos libros se usan por distintas empresas del sector.

Por lo tanto, no parece razonable considerar que el uso de imágenes de esos libros o manuales sea prueba inequívoca de la sustracción o uso indebido de los mismos por las demandadas.

16.- Como documento nº 5 de la demanda se acompaña un acta notarial que reproduce una parte de la página web de The Crew. En esta reproducción aparecen fotografías de prendas y modelos que son fotografías, prendas y modelos usadas por Mango en sus catálogos de la línea Suit de 2014.

Ya hemos indicado las dudas que se plantean respecto de la fecha en la que esas fotografías acceden a la web de The Crew. Lo que no cabe duda es que The Crew reprodujo, dentro de la pestaña denominada "Collection Development" (Colección en desarrollo) las mismas fotos sin hacer mención alguna a que las mismas han sido extraídas de los catálogos de Mango para la temporada 2014. En el folio 8 y 9 de la demanda se incluyen cuatro imágenes comparativas que permiten tener por probado que The Crew incluyó como suyas, o, cuando menos, sin referencia al origen empresarial ajeno a The Crew.

17.- Ya hemos hecho referencia a la reunión de la Sra. Emma con The Crew. La prueba practicada permite establecer que dicha reunión se produjo tras haber abandonado la demandada Punto Fa y no hay elementos de juicio suficientes como para fijar con precisión el contenido de esa reunión.

18.- En definitiva, de los hechos denunciados en la demanda, el único hecho probado posiblemente relevante es que en octubre de 2015 The Crew había incluido en su página web imágenes de prendas y modelos que estaban incluidas en las colecciones de Mango denominadas Plana Suit de la temporada 2014.

SEXTO.- Sobre la legitimación pasiva.

19.- En la sentencia de primera instancia se analiza la legitimación pasiva de Mónica . Concretamente se afirma que *«cuando se demanda a una persona jurídica y a sus socias y administradores, se ignora qué conductas se imputan a cada una de ellas o si la imputación se dirige frente a todas de consuno, ya en régimen de solidaridad o invitando a este juzgador a alzar el velo societario, para eludir las limitaciones a la responsabilidad propias del régimen aplicable a cualquier sociedad de capital. Aquí, si el corolario de la instancia fuera otro, resultaría relevante valorar la posible falta de legitimación pasiva de la codemandada Dña. Mónica , quien al parecer no realizó ninguno de los actos de competencia desleal que se imputan, ni por sí misma ni a través de la ficción jurídica de la empresa de la que se desvinculó en el marco temporal en que los hechos acaecieron»* .

20.- En el recurso de apelación Punto Fa cuestiona los argumentos de la sentencia de instancia y considera que existe una comunidad jurídica de objetivos que justifica que se demandara no solo a la sociedad, sino también a la Sra. Mónica .

Decisión del Tribunal.

21.- Consideramos que no es necesario acudir a construcciones artificiales para justificar que se demandara a la Sra. Emma y a la Sra. Mónica junto a la sociedad. No es un problema ni de levantamiento del velo, ni de identificar una pretendida comunidad jurídica de objetivos.

Lo cierto y probado en los presentes autos es que la Sra. Emma y la Sra. Mónica eran trabajadoras cualificadas de la actora, ambas constituyeron una sociedad mercantil que podía interferir en la actividad de Punto Fa mientras eran trabajadoras de la citada mercantil, ambas ponen en marcha la página web de esa sociedad y ambas aparecen como máximas responsables empresariales de la sociedad The Crew, aunque hubiera podido modificarse el órgano de administración de esa compañía. Por lo tanto, la imputación de comportamientos desleales se puede hacer tanto a las Sras. Emma y Mónica como a la sociedad que crearon como vehículo para el desarrollo de su nueva actividad empresarial. Cuestión distinta es que esos comportamientos queden suficientemente probados y que puedan finalmente reputarse desleales.

SÉPTIMO.- Sobre los actos de engaño del artículo 5 de la LCD .

22.- El primero de los tipos de deslealtad que se examina en la sentencia es el de actos de engaño del artículo 5. b) de la LCD . Este precepto establece que:

«1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio» .

23.- En la sentencia que afirma que *«resulta difícil encontrar en la narración de hecho del actor vestigios suficientes sobre la acción relevante en términos de deslealtad o de contenido del concreto engaño que se imputa.*

Sea como fuere, parece intuirse que lo determinante sería aquí la utilización en la web de las demandadas de algunas fotografías de diseños "mango", todo en el contexto más o menos inmediato a su publicación de una reunión celebrada con representantes de la marca "Springfield". Pues entonces aquí, rotundamente, faltaría en la imputación la aptitud de esa conducta para variar el contenido económico de su destinatario (engaño respecto de una característica de la presentación: su origen). Puesto que el destinatario, esa empresa textil de volumen comercial asimilable al de la actora, fácilmente podría reconocer en esos materiales la impronta de su línea de ropa, piezas divulgadas por lo demás en el catálogo de la campaña anterior, sin atribuir ninguna de las "características principales" de esos productos al concreto servicio de intermediación con proveedores textiles que las demandadas ofrecían, como patrones de análisis relevantes para el precepto.

Si quisiera verse en la imputación la reprobación de una conducta más general, como dirigida a una pluralidad desconocida de agentes comerciales, bastaría para llegar a la misma conclusión enfatizar la fugacidad del acto (apenas estuvo disponible esa página web durante un mes, tal y como verosíblemente narraron las codemandadas) y el carácter, en cualquier caso profesional en un ámbito reducido del mercado según igualmente se describió, de los eventuales destinatarios de la conducta» .

24.- En el recurso de apelación se indica que la apreciación de la sentencia es errónea y que la publicitación de fotografías del catálogo de Mango no se vinculaba a la reunión con representantes del Springfield, *«lo que se afirmó con toda claridad en la demanda es que esa conducta creaba "la falsa impresión en los potenciales clientes a los que se dirigía que dichas colecciones habían sido desarrolladas por la mercantil The Crew Studio, pues (...) las mismas no incluían mención alguna de la autoría de la marca Mango» .*

En el recurso se considera intrascendente la supuesta fugacidad del acto imputado a las demandadas, de hecho se advierte que no hay certeza del tiempo que realmente han podido estar esas imágenes en la web de The Crew. Se recuerda que en el artículo 5 no se establecen requisitos temporales para que exista deslealtad.

También se cuestiona que en la sentencia se indique que la web estaba dirigida a un ámbito reducido del mercado y al carácter profesional de los destinatarios de la web.

A juicio de la recurrente lo trascendente es si el uso de esas imágenes puede o no inducir a error a los destinatarios y si la información recae sobre una característica principal del bien (en este caso el origen comercial). Por lo tanto, se defiende que la conducta probada debe ser tachada de desleal.

25.- En el escrito de oposición al recurso de apelación las demandadas consideran que la sentencia parte de un hecho probado fundamental: Que la actora y la demandada no se dedican a la misma actividad, puesto que las demandadas restringían su actividad sólo al asesoramiento a empresas proveedoras de grandes marcas de distribución.

Decisión del Tribunal.

26.- A diferencia de lo que se concluye en la sentencia recurrida, consideramos que actora y demandadas compiten en el mismo mercado, hay coincidencia en las actividades dado que actora y demandadas son operadoras en el mercado textil, mercado que no se circunscribe sólo a la fabricación de ropa, sino también a su diseño, a la elaboración de colecciones y a su distribución en el mercado.

Cuestión distinta es que el comportamiento referido en la sentencia pueda considerarse desleal por ser engañoso.

Para considerarse engañoso el comportamiento sería necesario que indujera o pudiera inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico.

En este caso, se ha acreditado un uso puntual de algunas fotos de colecciones de Mango, uso puntual en el contexto de la presentación del proyecto empresarial de The Crew.

No hay prueba directa o indirecta que permita considerar que se ha inducido a error a los destinatarios, puesto que The Crew se ha presentado en todo momento como un proyecto empresarial distinto al de Mango, impulsado por personas que habían dejado ya de trabajar para la actora. La presencia puntual de imágenes en el marco de una página web con amplísima información sobre un proyecto desvinculado a Mango no prueba el engaño.

27.- Esta Sección en diversas resoluciones (por todas la Sentencia de 22 de abril de 2013 . ECLI:ES:APB:2013:7242) ha recogido el estado de la jurisprudencia sobre este supuesto de deslealtad:

«Como recuerda la STS de 11 de Febrero del 2011 (ROJ: STS 716/2011), el artículo 7 de la Ley 3/1.991 responde a la importancia que, para la transparencia del mercado, tiene una información veraz sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características... de los productos o ventajas ofrecidas, así como al peligro de que, con una información engañosa sobre esos datos, quede falseada la libre competencia.

Por lo tanto, el acto desleal, que la norma describe como tipo abierto y de peligro, presupone la utilización o difusión de indicaciones inexactas, falsas o meramente incorrectas, así como la omisión de las verdaderas, cualquiera que sea la práctica, con tal que pueda inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, esto es, a los destinatarios directos o indirectos de la indicación, la omisión o la práctica, sobre aquellos extremos.

Como recuerda la STS de 19 de mayo de 2008 , este precepto "trata de proteger el correcto funcionamiento del mercado, en el que la ley de la oferta y la demanda cumple una función trascendente, ante la posibilidad de que los consumidores, en el momento de tomar la decisión

de adquirir o no los bienes - productos o servicios-, estén errados sobre las características de los mismos que puedan influir en aquella".»

En el supuesto de autos, la presencia puntual en una página web de unas fotos que pertenecían a colecciones de Mango no puede considerarse falsa o inexacta ya que se trata de fotos puntuales de colecciones en las que intervinieron activamente las demandadas. No hay prueba alguna que permita considerar que esas fotografías hubieran generado ningún tipo de error en quienes contactaron o contrataron a The Crew, ni creemos que de su existencia se pueda razonablemente derivar esa idea.

OCTAVO.- Sobre los actos de confusión del artículo 6 de la LCD .

28.- El artículo 6 de la LCD establece que: *«Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.*

El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica» .

29.- En la sentencia se descarta que haya deslealtad por confusión por cuanto considera que la actividad de la actora y de las demandadas no es coincidente ya que la actora se dedica a la producción y venta al por menor y al detalle de prendas de vestir, mientras las demandadas se dedican al asesoramiento técnico en materia de diseño. Se descarta que haya similitud de actividades en los términos que exige el artículo 2 de la LCD , no hay homogeneidad entre actividades, ni tan siquiera concurrencia indirecta. Entiende la sentencia que las diferencias de actividad son acusadas y que ello impide el riesgo de confusión.

Se concluye que «cabe señalar que, en cualquier caso, la prestación empresarial de las demandadas no aparece identificada en el tráfico por la utilización de cuatro fotografías del catálogo "mango", sino por la experiencia laboral ganada al servicio del titular de la marca, inescindible de su propia condición profesional. Así, la testigo Sra. Delfina (empleada de la actora de cualificación profesional pareja a las demandadas) señaló que "valemos por lo que tenemos en nuestras cabezas". Resulta importante considerar que no se imputa aquí la comunicación o explotación de secreto empresarial alguno, ex. Art. 13 LCD . La prestación de las demandadas, la percepción y valor en el mercado de The Crew Studio Barcelona S.L., parece identificarse a través de su currículum, suficientemente conocido por su singular relevancia y cualificación como altas responsables de diseño de una empresa líder a nivel mundial, siendo la evocación a "Mango" una consecuencia inevitable de todo ello. Por el contrario, la actora sí se identifica en el mercado, directa y explícitamente por sus prendas de vestir (su diseño, el valor de la marca "Mango" y la concreta calidad a la que se asocia, etc.). Se excluye que esta de forma última el mero riesgo de confusión que fundamentaría la eventual aplicación del precepto» .

30.- En el recurso se reitera que hay coincidencia en la actividad de la actora y las demandadas puesto que Punto Fa no sólo vende prendas, también produce y, dentro del proceso productivo, se enmarca el diseño, que es la actividad de las demandadas, que no es otra que el asesoramiento en diseño. Destaca que no es desleal que las demandadas utilicen su experiencia y currículum, lo que es desleal es que se valgan de imágenes que pertenecen al catálogo de Mango.

31.- Las demandadas reiteran que no hay coincidencia de actividad, no puede haber confusión.

Decisión del Tribunal.

32.- Es reiterada la jurisprudencia dictada respecto del alcance del artículo 6 de la LCD . Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1910) se recuerda que:

«la confusión que es considerada desleal en el art. 6 de la Ley de Competencia Desleal es la que guarda relación con los medios de identificación empresarial, esto es, los signos distintivos, la forma de presentación, los elementos que, en definitiva, informan a los consumidores destinatarios de los bienes y servicios sobre cuál es el origen empresarial y que pueden condensar determinadas percepciones positivas» .

En la web de The Crew no aparece referencia alguna a los signos distintivos que identifican a Mango en el mercado, sólo aparecen unas imágenes, en el contexto de otras imágenes de colecciones ajenas a la demandante, en las que no se identifica ningún elemento que formalmente pueda vincularse con los productos comercializados o distribuidos por la actora.

Por lo tanto, también debe descartarse este motivo de deslealtad.

NOVENO.- Sobre los actos de explotación de la reputación y esfuerzo ajeno del artículo 12 de la LCD .

33.- El artículo 12 de la LCD establece que *«Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.*

En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelo», «sistema», «tipo», «clase» y similares.» .

34.- En la sentencia se descarta que concurra este supuesto de deslealtad por cuanto la web tiene un valor meramente instrumental y escasamente comercial. Se afirma que la web no se usaba como plataforma comercial y que tenía un contenido muy reducido, *«no se advierte pues de qué forma concreta y sensible cuantitativa y cualitativamente podía cooperar al proceso económico de las demandadas la propia creación de la página web. Antes bien cabe relacionar su confección con una mera vocación publicitaria, en el contexto de un incipiente e inmaduro proyecto empresarial que comenzaba su andadura.*

De todo ello se desprende el propósito nítidamente curricular del empleo de material gráfico de la actora, en un sector del mercado en el que difícilmente pueda admitirse otro medio acostumbrado que la presentación vía web, que necesariamente dota de un mayor rigor o peso específico a la propuesta comercial de que se trata... Para ilustrar brevemente a propósito de lo que las demandadas podían ofrecer, se exhibía una muestra pequeña de lo que habían hecho hasta entonces, junto a otros recursos, todos de mera ambientación» .

En la sentencia además se indica que el uso de estos recursos se produce tras desvincularse las demandadas de la sociedad actora.

Se indica que las demandadas podrían haber sido más prudentes y haber indicado con precisión el origen de las fotografías, pero dado que la web se dirigía a profesionales, expertos en la materia, ese dato no incide en la conducta de las actoras como para reputarla desleal.

No hay riesgo reputacional para las demandadas, dado el escaso calado de la web, tampoco se concreta la ventaja competitiva que hubieran podido recibir las demandadas.

35.- En el recurso se vuelven a denunciar las imprecisiones de la sentencia por cuanto no hay razones para minimizar la incidencia del uso de imágenes de Mango en la web de The Crew. La web está destinada a promocionar los servicios de The Crew, los materiales exhibidos están destinados a esa finalidad.

36.- Las demandadas en el escrito de oposición al recurso indican que la prestación de las demandadas, su percepción y valor en el mercado se identificaba por su currículum y experiencia, que era suficientemente conocido dada su cualificación y prestigio, no necesitaban para nada ni la web ni las imágenes de Mango.

Decisión del Tribunal.

37.- De nuevo tenemos que hacer referencia a resoluciones de esta misma Sección, concretamente a la Sentencia de 29 de junio de 2017 , en la que hacíamos mención de sentencias anteriores, para fijar el alcance del artículo 12 de la LCD :

«Como señalábamos en la Sentencia de 20 de abril de 2007 , «(e) l artículo 12 de la Ley 3/1991 trata de proteger, además del mercado, al competidor que ha logrado reputación industrial, comercial o profesional, y tipifica como desleal cualquier comportamiento adecuado para producir como resultado el aprovechamiento de las ventajas que la misma proporciona. Aunque la acción puede ser de cualquier tipo, con tal que tenga aptitud para producir aquél efecto, que la cualifica y define, normalmente consistirá en el empleo de signos distintivos ajenos, notorios o implantados en el mercado y, además, con buena fama o reputación o prestigio. Pero, en cualquier caso, la acción no se refiere a la imitación de las prestaciones, amparadas en su caso por el art. 11 LCD , sino como en el caso del art. 6 LCD a la forma de presentación de las prestaciones que induzca a asociarla a un origen empresarial bien reputado en el mercado, con idea de aprovecharse de las ventajas de tal reputación».

50. Los presupuestos para que concurra el ilícito del artículo 12 LCD son: (i) el prestigio o reputación de un tercero, (ii) la realización de un comportamiento apto para lograr un aprovechamiento o ventaja de esa reputación ajena y (iii) que el aprovechamiento sea indebido (nuestra Sentencia de 24 de abril de 2001 -AC 2001/1035).»

La aptitud del comportamiento es esencial, en este caso aunque ha quedado acreditado que las demandadas utilizaran circunstancialmente unas fotografías en el contexto de una multitud de ellos en una página web, el uso de esas fotografías no es suficiente para entender acreditado el aprovechamiento dado que parte del prestigio de las colecciones se debía a la aportación que las demandadas, como profesionales cualificadas, habían incorporado a esas colecciones.

El uso puntual de unas fotos en la página web por sí solo nos es idóneo para reputar el comportamiento como desleal al amparo del artículo 12 de la LCD y, con ello, debe rechazarse también este motivo.

DÉCIMO.- Sobre la aplicación del artículo 4 de la LCD por infracción de las exigencias de la buena fe.

38.- La sentencia descarta la aplicación del artículo 4 por cuanto el propósito de abandonar la compañía por las demandadas era conocido por la actora desde tiempo antes, no hubo

solapamiento de la nueva actividad de las demandadas con la actividad que realizaban en Mango, no hay prueba tampoco de la sustracción de material sensible de Mango.

Decisión del Tribunal.

39.- No se invoca ni en la demanda, ni en el recurso, ningún argumento específico que permita acudir al artículo 4 de la LCD como norma autónoma para imputar a las demandadas deslealtad.

Es reiterada la jurisprudencia que advierte que la invocación genérica del artículo 4 de la LCD (en su redacción actual) no puede servir para considerar desleales comportamientos que no cumplen con los requisitos de los tipos concretos de la LCD.

Sirva como referencia la Sentencia de esta Sección de 24 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:767), que sintetiza el estado de la jurisprudencia sobre el alcance de la cláusula general de buena fe:

«El artículo 4 LCD , antes art. 5 LCD , permite calificar como desleales conductas no descritas en los demás preceptos de dicha Ley cuando, concurriendo los presupuestos previstos en los artículos 1 a 4, sean contrarias al modelo o estándar en que la buena fe consiste. El artículo 5 de la Ley de Competencia desleal no puede ser utilizado para calificar como desleales conductas que superen el control de legalidad a la luz de los preceptos de la propia Ley específicamente redactados para reprimirlas (STS 1 de mayo de 2014, Roj : STS 1955/2014).

Como recuerda la citada STS de 15 de julio de 2013 (Roj: STS 4498/2013), la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación del art. 5 LCD , que, en la redacción aplicable al caso (en la actualidad se corresponde con el apartado 1 del art. 4 LCD), prescribe: "se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe". Este precepto "no formula un principio general objeto de desarrollo y concreción en los artículos siguientes de la misma Ley" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre , y 19/2011, de 11 de febrero), sino que "tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre , 311/2007, de 23 de marzo , y 1032/2007, de 8 de octubre). Consiguientemente, "esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre , y 48/2012, de 21 de febrero). Pero sin que ello pueda "servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta -la del art. 5 LCD , si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedir las" (sentencias 635/2009, de 8 de octubre , y 720/2010, de 22 de noviembre).

La conducta tipificada en este art. 5 LCD es un ilícito objetivo, en la medida en que la deslealtad no se funda en la concurrencia del dolo o la culpa del autor, ni en la finalidad perseguida, sino que ha de configurarse en torno a parámetros objetivos. Y al mismo tiempo, no deja de ser un ilícito de riesgo o de peligro, porque no se hace depender de concretos efectos ocasionados por la conducta enjuiciada, sino sólo de su compatibilidad con las exigencias de la buena fe objetiva.

Por consiguiente, como también ha declarado el Tribunal Supremo, por ejemplo en su sentencia de 15 de diciembre de 2008 (Roj: STS 6676/2008), la cláusula general del art. 5 tiene la función

de poder sancionar aquellos comportamientos que el legislador no pudo prever en su momento como desleales, no la de considerar ilícitos los previstos en los arts. 6 a 17 cuando falten algunos de los requisitos exigidos en estos.

Consecuencia de todo ello es que el recurso al art. 4 LCD obliga a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta (STS 24 de noviembre de 2006), sin que baste citar el precepto en los fundamentos de derecho de la demanda (STS 19 de mayo de 2008). Sólo cabe aplicar el artículo 4 LCD cuando se concrete expresamente el acto que lo infringe y, además, dicho acto no se tipifica en otras normas (SSTS 7 de junio de 2000 y 28 de septiembre de 2005).»

UNDÉCIMO.- Sobre las costas.

40.- Pese a desestimarse el recurso de apelación, al hacerlo por argumentos distintos de los referidos en la sentencia apelada, no hay condena en costas de la segunda instancia.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Punto Fa, S.L. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de fecha 1 de diciembre de 2016 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en los términos referidos en la presente resolución, sin imposición a la recurrente de las costas del recurso.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, a los efectos pertinentes.

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

Esta información tiene carácter no auténtico y gratuito