

# EDJ 2014/238596

AP Barcelona, sec. 15ª, S 29-10-2014, nº 350/2014, rec. 464/2013  
Pte: Foncillas Sopena, Ramón

## Resumen

*Marca. Actos de violación. Indemnización. La AP estima el recurso de apelación interpuesto por el titular de la marca y condena al distribuidor mayorista demandado a una indemnización por desprestigio al entender que aunque no se conoce el alcance del eventual daño patrimonial si se ha reconocido el supuesto de devengo, el perjuicio por pérdida de prestigio (FJ 6).*

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 17/2001 de 7 diciembre de 2001. Ley de Marcas  
art.43.1 , art.43.5  
Ley 1/2000 de 7 enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.726.2

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	6

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN  
DERECHO DE PROPIEDAD  
PROPIEDADES ESPECIALES  
Propiedad industrial  
Marcas  
Violación del derecho  
Otras cuestiones

MEDIDAS CAUTELARES  
EN GENERAL

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Distribuidor, Titular de derecho de propiedad industrial; Desfavorable a: Distribuidor, Titular de derecho de propiedad industrial

Procedimiento: Recurso de apelación

#### Legislación

Cita art.43.1, art.43.5 de Ley 17/2001 de 7 diciembre de 2001. Ley de Marcas  
Cita art.726.2 de Ley 1/2000 de 7 enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
Cita Ley 3/1991 de 10 enero de 1991. Competencia Desleal

#### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO DE PROPIEDAD - PROPIEDADES ESPECIALES - Propiedad industrial - Marcas - Otras cuestiones, DERECHO DE PROPIEDAD - PROPIEDADES ESPECIALES - Propiedad industrial - Marcas - Violación del derecho STribunal de Justicia (UE) Sala 1ª de 23 abril 2009 (J2009/42157)  
Cita en el mismo sentido sobre DERECHO DE PROPIEDAD - PROPIEDADES ESPECIALES - Propiedad industrial - Marcas - Otras cuestiones SAP Alicante de 14 octubre de 2008 (J2008/253981)  
Cita en el mismo sentido sobre DERECHO DE PROPIEDAD - PROPIEDADES ESPECIALES - Propiedad industrial - Marcas - Otras cuestiones SAP Madrid de 5 noviembre de 2004 (J2004/300622)  
Cita en el mismo sentido sobre DERECHO DE PROPIEDAD - PROPIEDADES ESPECIALES - Propiedad industrial - Marcas - Otras cuestiones SAP Zaragoza de 20 octubre de 2003 (J2003/135951)

**Versión de texto vigente Texto actualmente vigente**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

Sección Decimoquinta

Rollo 464/13-2ª

Juicio Ordinario 729/12

Juzgado Mercantil núm.2 de Barcelona

SENTENCIA núm. 350/2014

Juan F. Garnica Martín

Ramón Foncillas Sopena

Luis Garrido Espa

En la ciudad de Barcelona, a veintinueve de octubre de dos mil catorce.

Vistos EN GRADO DE APELACIÓN por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario tramitado con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona, pendiente en esta instancia al haber apelado la demandada Vicinanza Trading SL y las actoras Parfums Christian Dior S.A., Kenfo, S.A., LVMH IBERIA S.L., Guerlain S.A. y LVMH Fragrance Brands S.A. la sentencia dictada el día 30 de julio de 2013.

Han comparecido en esta alzada la procuradora de los tribunales Dª Laia Gallego Uriarte en representación de las actoras Parfums Christian Dior S.A, Kenzo, S.A., LVMH Iberia S.L., Guerlain S.A. y LVMH Fragrance Brands S.A y la procuradora Dª Estibalitz Rodríguez Ortiz de Zárate en representación de la demandada Vicinanza Trading SL.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por PARFUNS CHRISTIAN DIOR, S.A., KENZO, S.A., GUERLAIN, S.A. y, LVMH FRAGRANCE BRANDS, S.A. contra la entidad VICINANZA TRADING, S.L. debo declarar que la comercialización por la demandada de los perfumes de las marcas relacionadas en el fundamento derecho primero de esta sentencia, sin ostentar la condición de distribuidor selectivo autorizado, constituye un acto de violación de los derechos de marca y en consecuencia se condena a la demandada a: uno, a no comercializar y, en su caso, a cesar en la comercialización de dicha mercancía por cualquier vía. dos, a cesar en el uso de los anagramas, logotipos, nombres comerciales o material promocional de las marcas de las actoras. Se desestiman el resto de las peticiones, tanto las dirigidas a la condena a una indemnización como a la publicación de la sentencia. También se desestiman las acciones interpuestas por la entidad LVMH IBERIA, S.L. y por el resto de actoras, derivadas de la conculcación de la Ley de comparencia desleal por la demandada. No se imponen las costas del procedimiento".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia interpusieron recurso de apelación la demandada Vicinanza Trading SL y las actoras Parfums Christian Dior S.A, Kenzo, S.A., LVMH Iberia S.L., Guerlain S.A., y LVMH Fragrance Brands S.A. Admitido a trámite, se dio traslado de los recursos a las partes contrarias, que se opusieron, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 4 de junio pasado.

Actúa como ponente el Magistrado D. Ramón Foncillas Sopena.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las actoras Parfums Christian Dior SA, Kenzo, SA, Guerlain, SA, LVMH Fragrance Brands SA son titulares de diversas marcas de productos de perfumería y cosmética y LVMH Iberia SL pertenece al mismo grupo, participada mayoritariamente por Parfums Christian Dior SA, que comercializa productos de las anteriores a través de una red de distribuidores autorizados que han suscrito contratos de distribución selectiva.

Según se expone en la demanda, de acuerdo con los contratos de distribución selectiva, los perfumes de las marcas Dios, Guerlain, Kenzo y Givenchy (esta propiedad de LVMH Fragrance Brands SA) solo pueden comercializarse en España por distribuidores autorizados que reúnan una serie de requisitos cualitativos de carácter objetivo, encaminados a lograr cierta imagen de marca: calificación profesional de su personal, imagen y mantenimiento de sus instalaciones, realizar un volumen mínimo de compras anuales en el punto de venta, tener en todo momento un stock mínimo por punto de venta, garantizar la rotación anual del stock, cierta cooperación publicitaria y promocional, etc., siendo obligación de LVMH Iberia SL tomar las medidas necesarias para la protección de su red de distribución selectiva. El sistema de distribución selectiva se justifica por la necesidad de asegurarse el prestigio de la marca, por cuanto el propio medio de distribución es, en sí mismo, parte del valor añadido.

Se alega que la demandada Vicinanza Trading SL, en adelante Vicinanza, lleva a cabo una comercialización ilícita de perfumes de las marcas de las actoras para lo que ni cuenta con la preceptiva autorización ni cumple con los requisitos necesarios para garantizar un servicio de calidad inherente a la venta de productos de lujo

Las ilicitudes en que, según la parte actora, incurre la demandada son:

Vulneración de los contratos de distribución, al vender los perfumes sin haber suscrito el contrato de distribuidor y, por tanto, sin cumplir los requisitos que se le exigen a un distribuidor selectivo de las marcas, como son, entre otros, la formación especializada del personal, el número mínimo de ventas o la actividad promocional exigida al resto de distribuidores.

Traslado al usuario de la impresión de que se está ante un distribuidor oficial, ante un representante de las marcas.

Promoción y participación en un mercado paralelo que no cumple las garantías de calidad que los titulares de las marcas ofrecen tanto en sus productos como en su distribución, afectando así a la imagen de las marcas.

En definitiva, se acaba exponiendo, Vicinanza, sin ser un distribuidor autorizado, se beneficia de la imagen y prestigio de las marcas Dios, Guerlain, Givenchy y Kenzo y de las cuantiosas inversiones para su mantenimiento y prestigio y comercializa ilícitamente los perfumes en unas descuidadas condiciones que perjudican ostensiblemente la imagen de las marcas y de la red de distribuidores selectivos autorizados y no garantizan los derechos de los usuarios de ese tipo de productos de lujo.

Por todo ello, se ejercita la acción de infracción de los derechos de marca. Se invocan los arts. 34, 40 LM y, con incidencia especial, el 36 que, después de establecer en su apartado 1 el principio del agotamiento de la marca, según el cual el titular no puede prohibir a los terceros el uso de la misma para productos comercializados en el Espacio Económico Europeo con dicha marca por el titular o con su consentimiento, introduce en el apartado 2 la salvedad de que el apartado 1 no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los mismos se haya alterado o modificado tras su comercialización. Se razona que el principio de agotamiento de la marca no es aplicable al supuesto de autos en que existen motivos legítimos para que las demandantes se opongan a la comercialización ulterior de los productos, dado que con la comercialización de la demandada se está perjudicando la imagen selecta y de prestigio de las marcas; la distribución que realiza la demandada puede suponer una clara discordancia entre la naturaleza del producto como artículo de lujo y el medio o entorno en el que está siendo revendido, lo que desacredita gravemente la imagen de las marcas y justifica el planteamiento de la acción.

También se ejercita la acción basada en la Ley de Competencia Desleal EDL 1991/12648 , concretamente en su artículo 12 por suponer la actuación de Vicinanza un aprovechamiento indebido en su beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por las actoras en el mercado. Se añade que la actuación de dicha demandada, por ser contraria a las exigencias de la buena fe, es encuadrable también en el artículo 4.

Con base a estas acciones se solicita la cesación de la comercialización y del uso de los anagramas, logotipos, nombres comerciales o material promocional de las marcas de las actoras, a publicar, a su costa, la sentencia en los dos diarios de mayor difusión de España y a satisfacer, a tenor de lo dispuesto en el artículo 43.5 LM, la indemnización que se determine en periodo probatorio consistente en el 1% de la cifra de negocios realizados por la demandada con los productos de las marcas de las actoras y, a tenor del art. 43.1, además, una indemnización alzada de 25.000 euros por el desprestigio evidente de las marcas.

SEGUNDO.- Tras la oposición de la demandada, cuyos términos serán analizados en cuanto hayan quedado concretados en motivos de apelación, recayó sentencia parcialmente estimatoria de la demanda.

Se desestima la acción de competencia desleal y se considera que el no reunir la demandada el carácter de distribuidora no supone por sí mismo infracción de derechos de las actoras.

Se estima la acción de infracción del derecho de marca en cuanto que la actuación de la demandada afecta negativamente a la imagen y prestigio de las que pertenecen a las actoras, lo que constituye motivo legítimo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.2 LM, para que estas se opongan a la comercialización de los productos. No obstante, de tal estimación la sentencia no deriva indemnización alguna para las actoras.

La sentencia alude en su fundamentación jurídica a las sentencias de la AP Alicante de 14/10/2008 EDJ 2008/253981 , de Madrid de 5/11/2004 EDJ 2004/300622 y de Zaragoza de 20/10/2003 EDJ 2003/135951 , así como la STJUE de 4/4/1997.

La sentencia parte del hecho incuestionado de que la demandada es una empresa mayorista que se anuncia en una página web y que tiene como principal mercado a clientes minoristas que contactan con ella a través de esa vía.

La sentencia considera acreditado que las marcas de las actoras se incluyen dentro de los parámetros de las denominadas de gama alta o de lujo en el ámbito comercial en el que inciden. Tal estatus de prestigio solo puede mantenerse a través de determinadas medidas, no solo inherentes a la calidad y presentación del producto sino también relativas a la comercialización. La infracción de la demandada no radica en los productos, que son originales, sino en estas características o exigencias de la comercialización, que se consideran trascendentes porque sirven para mantener el prestigio de las marcas y son un valor añadido al producto en sí mismo. Con base al contenido de los ejemplares de distribución aportados con la demanda resulta que los locales o puestos de venta al público deben reunir ubicación y entorno determinados, teniéndose en cuenta incluso la calidad del centro o de la galería comercial donde se encuentre el establecimiento, la calidad del hotel (de 4 o 5 estrellas), superficie suficientemente amplia para reflejar el prestigio y la importancia de la línea de productos; si la venta se realiza a través de internet, el espacio web también debe reunir una serie de características acordes con los criterios de calidad e imagen de los productos, además de requerirse con carácter previo verificación y consentimiento de la titular de la marca; el personal de ventas debe reunir determinados requisitos (diplomatura en belleza, al menos 3 años de experiencia en la venta de perfumes de lujo o productos de belleza); almacenaje, disposición y exposición de los productos en condiciones adecuadas para reflejar el prestigio e importancia de la marca; servicio de consejo y demostración para lo que se deberá asistir a cursos impartidos

por la titular de la marca; compras mínimas anuales y mantenimiento de un stock de productos a fin de que las tiendas dispongan de todos los productos de temporada en cantidad y variedad suficientes; colaboración en materia publicitaria, utilización de material de exhibición y de demostración, muebles de escaparate, proporcionados por la marca, muestrario de probadores, participación en campañas publicitarias o promocionales.

Según la sentencia, todos y cada uno de los aspectos mencionados dotan y dan valor añadido a las marcas de las actoras, en cuanto que transmiten una determinada calidad. El valor añadido resulta trascendente para una marca si esta reúne determinadas características de calidad y prestigio. Las características de la comercialización, externas al producto y que le dotan de un cierto carácter exclusivo, son objeto de valoración por el titular de la marca y por el cliente.

Concluye la sentencia que la demandada no puede cumplir con ninguno de estos requisitos de comercialización, dadas las condiciones en que realiza las ventas. La única forma de cumplirlos es mediante la comercialización de los productos a través de la red de distribuidores y en los puntos de venta oficiales. La no pertenencia de la demandada a esa red es relevante, no por sí misma, sino porque no puede asegurar la comercialización en las condiciones necesarias para preservar el prestigio de las marcas. Por ello, se estima la demanda en cuanto a este particular de infracción del derecho de marca.

**TERCERO.-** El recurso de la demandada Vicinanza se articula en tres motivos.

El primero y el tercero versan en realidad sobre lo mismo por lo que serán objeto de análisis conjunto. Antes de ello, el segundo debe ser despachado breve y resueltamente. Se basa en que la sentencia está en contradicción con la anterior recaída en la pieza de medidas cautelares. En esta resolución cautelar, el Juez, que no es el mismo que el que ha dictado la sentencia, consideró, a la vista de los documentos aportados, que no había motivos suficientes para la concesión de la medida y la parte considera que coherentemente debería haberse dicho lo mismo en la sentencia. El planteamiento es inadmisibile. La propia parte reconoce la provisionalidad de la resolución cautelar y el respeto a la independencia del juez que resuelve sobre el fondo y esos argumentos, que por lo demás coinciden con los términos del art. 726.2 LEC EDL 2000/77463, sirven, sin más, para justificar el rechazo del motivo. Una resolución cautelar, aunque haya variado la persona del juez, obviamente no vincula a la hora de juzgar sobre el fondo. Los presupuestos del enjuiciamiento cautelar y sobre el fondo son distintos, la posición y convicción sobre el material probatorio lo son también y nada impide que recaigan resoluciones en sentido contrario.

En el primer motivo denuncia la demandada incongruencia; falta de motivación de la sentencia. Se alega que lo relevante para enjuiciar, es decir, si la actuación de la parte afecta al prestigio de las marcas de las actoras, debía comprender el análisis sobre la actividad comercializadora de Vicinanza, cosa que no se ha hecho. Se añade que, a tenor de la jurisprudencia recaída en la materia, deben tenerse en cuenta las circunstancias específicas concurrentes en cada caso y en el de dicha parte, el de ser mayorista, de modo que las prescripciones y previsiones sobre la concreta forma de comercializar los productos, no van con ella y la sentencia no ha abordado la cuestión desde esta perspectiva. Se achaca a la sentencia que el hecho de no pertenecer a la red autorizada de las actoras y no seguir los parámetros comerciales exigidos por estas a sus distribuidores oficiales ha sido argumento suficiente para condenarla.

En el tercer motivo se incide en el mismo tema del carácter de mayorista de Vicinanza y la no aplicación, por ello, de las exigencias de comercialización, tendentes a preservar la imagen y prestigio de las marcas. En este motivo se desarrolla el argumento expuesto en el primero por la vía, no ya de la insuficiente consideración y motivación, sino de fondo, de no aplicación de las referidas exigencias de comercialización. Después de definir su forma de actuación, en concreto, como mayorista, que no vende al detall, de forma que no tiene tienda abierta al público ni tampoco efectúa ventas en sus dependencias sociales o almacenes, que no comercializa a través de la página web sino mediante ofertas a través de mailings a sus clientes, sin incluir ni utilizar logos, marcas o fotografías de los productos, pone énfasis en que el distribuidor minorista o detallista es el que está en contacto con el mercado y vende unidades individuales o pequeñas cantidades al público, normalmente en el espacio físico de la tienda, mientras que el mayorista, carácter que ella tiene, compra a un fabricante o a otro mayorista y vende a otro pero nunca al consumidor o usuario con el que no tiene ningún contacto. Añade que las condiciones establecidas en los modelos de distribución no afectan ni pueden ser exigidas a Vicinanza, dada su naturaleza de comerciante mayorista, pues, como se desprende de dichos contratos y se dice en la sentencia, para mantener el prestigio de la marca es importante disponer de un local al público, en una ubicación y entorno adecuados, o, si las ventas se realizan a través de internet, el espacio web también debe reunir una serie de características acordes al criterio de calidad. Lo mismo debe decirse de la utilización de personal especializado que preste un servicio de consejo y demostración en la tienda, de la tenencia de probadores de maquillaje y material promocional y de la obligación de mantener un stock para garantizar que el público que acude a los establecimientos pueda adquirir el producto deseado. Todos estos requisitos o condiciones no son exigibles a Vicinanza debido a que las mismas, insiste, no se corresponden por su naturaleza a la modalidad de venta de un comerciante mayorista. La ausencia de infracción de estas condiciones así como la no utilización de logos, marcas, fotografías o productos de las actoras con finalidad publicitaria excluye cualquier hipótesis de infracción marcaria, por lo que debe dejarse sin efecto la declaración en tal sentido contenida en la sentencia de primera instancia.

**CUARTO.-** Como se ve, la demandada apelante ha planteado los motivos en el sentido no de negar que marcas prestigiosas se acogen al sistema de distribución selectiva caracterizado por las notas y exigencias que han sido reiteradamente expuestas, como medio de preservar su prestigio - tampoco se niega que las marcas de las actoras se encuentran en este caso -; lo que rechaza es que esto sea predicable a ella por su condición de mayorista.

Tal planteamiento nos exime de tener que argumentar, con base a la doctrina expuesta en las sentencias citadas por la del Juzgado, la procedencia de las exigencias de distribución como garantía del mantenimiento del prestigio y calidad de las marcas y la posibilidad de perseguir, como infracción del derecho de marca, el menoscabo que supone la ausencia de tales exigencias. Exponente significativo de esta postura de necesidad de tales exigencias y que ha sido expresamente citada por la de primera instancia, es la SAP de Alicante,

Sección 8ª, de 14/10/2008 EDJ 2008/253981 , que recoge abundante jurisprudencia del TSJUE y ha sido seguida por otras del mismo tribunal y de otras Audiencias.

Estas exigencias son aplicables a todo tipo de comercialización: a la que se sitúa en el último peldaño de la venta al consumidor y a la que se encuentra en peldaños intermedios de la distribución. Cualquier quiebra que se produzca repercute y afecta al resultado final de las condiciones de la comercialización, cuya calidad es preciso preservar. La aspiración de la demandada de quedar excluida por pertenecer a un nivel intermedio de la distribución no puede ser aceptada pues su relevancia y responsabilidad son muy superiores a las del vendedor final, único al que, según su tesis, estarían referidas las exigencias de la comercialización selectiva. Y son superiores porque su actuación tiene efectos multiplicadores sobre un conjunto amplio de minoristas a quienes sirve los productos, y a través de estos al público en general, lo que conlleva un efecto mayor de dilución de la marca y una situación de indefensión de su titular que no está en condiciones de conocer la extensión de la distribución del infractor y de la identidad de los minoristas, únicos a los que, siempre según la peregrina tesis de la demandada, cabría investigar y perseguir.

Tan es así que, si bien muchas de las sentencias recaídas sobre este tema lo hacen sobre vendedores finales con establecimiento abierto al público o con línea de venta por internet, hay otras que recaen también sobre los distribuidores intermedios, no conociéndose ninguna sentencia que, abordando el tema de la exclusión de tal distribuidor, la haya aprobado. La STJUE de 23/4/2009, rec. C-59/2008 EDJ 2009/42157 , recae sobre un licenciataria de la propia marca, distribuidor a terceros que revenden, y en nuestro ámbito interno, la SAP de Madrid, Sección 8ª, de 5/11/2004 EDJ 2004/300622 , es contraria a la empresa minorista y a la mayorista que le suministraba los productos, " quebrantando así la red estanca de distribución selectiva creada por...". La SAP de Alicante de 14/10/2008 rechaza que pueda haber excepciones al cumplimiento de las normas específicas de distribución por razón del tipo de comercio que se ejerza. Esta afirmación debe entenderse en sentido horizontal (venta por internet o por establecimiento abierto al público), como es el caso de la referida sentencia, o, añadimos nosotros ya que la razón es la misma, en sentido vertical por el nivel o escalón que se ocupe en el proceso de comercialización.

QUINTO.- La apelante se queja de que la sentencia "acoge el pedimento de la actora sobre la base de que Vicinanza comercializa los productos sin formar parte de la red de distribución de la actora en unas condiciones ajenas a las establecidas para la distribución selectiva". Nada más incierto ya que la propia sentencia expresamente expone que "Se debe negar que la no pertenencia al ramo de los distribuidores autorizados suponga en sí mismo infracción del derecho de marca o del derecho de competencia desleal. Este extremo, para que tenga relevancia, debe venir acompañado de la comisión de una serie de hechos que determinen el desprestigio de la marca". Lo que hace la sentencia con esta expresión es poner el acento en la comisión -y debería añadirse la omisión- de hechos que determinan el desprestigio de la marca que es precisamente, y como a continuación se expone.

En principio, no existe el binomio pertenencia a la red de distribuidores oficiales y cumplimiento de las exigencias de la distribución selectiva, como tampoco existe la contrapartida negativa de que la no pertenencia a dicha red suponga "per se" una infracción de tal distribución. Un distribuidor de la red oficial puede infringir, como es el caso contemplado por la STJUE ya mencionada de 23/4/2009 EDJ 2009/42157 , y también en principio un mayorista ajeno a la red podría observar unas prácticas respetuosas con el mantenimiento del prestigio y aura de calidad de las marcas. Lo realmente relevante es que se adopten tales prácticas respetuosas y lo que no puede concebirse ni admitirse es que no se adopte ninguna medida, como es el caso de la aquí demandada. Ni las impuestas por los titulares de las marcas -como se recoge en la sentencia, se reconoció por la demandada en la audiencia previa que no cumplía con ninguno de los requisitos exigidos a sus distribuidores autorizados - ni ninguna otra similar o alternativa que cumpliera el mismo fin. La demandada simplemente vende a los minoristas que se lo piden lotes de productos, sin más requisitos o prevenciones, según unos listados de marcas en que aparecen todas por orden alfabético y donde se incluyen las que tienen renombre y prestigio con otras escasa o totalmente desconocidas (supuesto este que, para la STJUE de 4/11/2007, punto 47, constituye eventualidad de "menoscabo grave"). Esta manera de actuar de la Vicinanza constituye una negación por sí misma del concepto de "distribución selectiva" pues es idéntica a la que opera en cualquier tipo de productos. Por definición la distribución selectiva supone un plus de exigencia y de rigor respecto a los productos del común que, por no tener aura de calidad o de prestigio, se comercializan de un modo normal mediante su simple puesta en el mercado en las condiciones ordinarias de presentación.

Centrando más la atención en lo que es objeto del motivo de defensa de la apelante, esta no puede soslayar su responsabilidad derivándola hacia sus minoristas bajo el argumento de que las condiciones de los contratos de distribución (de logística, de stocks, de dotación de personal titulado, etc.) se refieren a estos ya que solo por estos pueden ser cumplidas. El argumento es simplista y falaz pues, aunque es cierta la responsabilidad de tales minoristas en el ámbito de su específica competencia y posición, ello no excluye la mayor responsabilidad de quien contribuye en mayor medida a que la comercialización última se realice sin garantías. En contra de lo que sostiene la demandada, le corresponde adoptar como mayorista un comportamiento activo de exigencia a los minoristas, so pena de no suministrarles, de observancia de las condiciones propias de la venta selectiva. Precisamente ella tiene la llave de la puerta que facilita el acceso de los productos al mercado y la consiguiente posibilidad de que ese acceso sea en las debidas condiciones.

De lo expuesto y razonado en este fundamento se desprende la improcedencia del recurso de la demandada.

SEXTO.- Recurren también las demandantes por la denegación de cualquier tipo de indemnización. En la demanda se solicitaba por el perjuicio económico y se acogía la petición al artículo 43.5 LM, es decir al 1% de la cifra de negocios realizada por la demandada con los productos registrados con las marcas de aquellas, a determinar el montante al resultado de la prueba. También se solicitaba, al amparo del artículo 43.1 indemnización por la cantidad alzada de 25.000 euros por el perjuicio causado al prestigio de las marcas.

La sentencia no ha concedido la primera porque la actora se ha apartado de los términos de su planteamiento inicial y en el juicio ha cambiado la petición que se basa en otro criterio legal, no pudiéndose admitir la alteración de los términos del petitum. No se concede la segunda porque, aun admitiendo la producción del daño moral, no puede calcularse por falta de la referencia del daño material.

El recurso debe ser parcialmente estimado.

-La primera indemnización, por perjuicio patrimonial, no puede concederse. Las apelantes demandantes solicitaron, como se ha dicho, el 1% de la cifra de negocios a que se refiere el artículo 43.5 LM. En el juicio y con la pretendida justificación de que la demandada no había aportado los datos contables necesarios para llegar a conocer y cuantificar la cifra de negocio relativa a los productos con la marca de las actoras, solicitan indemnización por el importe de la licencia o regalía hipotética en función de la cifra total de negocios de la demandada. Sobre esta cifra total deducen la cuota que correspondería a los productos de las actoras, un 8'4%, que extraen de unos cálculos procedentes de la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética aportados a otro proceso seguido también por empresas del sector de perfumería y cosmética. Luego, aplican sobre la cantidad resultante otro cálculo para llegar al importe de la regalía hipotética y subsidiariamente piden, al menos, el 1% sobre el importe de la cuota así calculada.

No se puede admitir la postura de las actoras. En primer lugar, porque no está justificado la alteración de los términos de la petición por incumplimiento de la demandada de la aportación de datos contables. Dicha parte exhibió sus libros en el Juzgado en fecha 21/3/2013 y, dado que se había omitido el libro mayor, se suspendió la diligencia señalándose para el día 3 de abril, aportándose el libro. Nada se dijo por las actoras hasta el momento del juicio, 24 de abril, en que se produjo el cambio de la petición con el motivo de que no se habían aportado soportes documentales, tales como facturas o datos para poder localizar las ventas de productos con las marcas de autos.

Aparte de que la presunta omisión no está acreditada -la sentencia dice que obran presentados dos tomos de facturas-, en cualquier caso podría haber sido comunicada al Juzgado a efectos de procurar su subsanación y nada la parte actora. El Juzgador de primera instancia apunta a la posibilidad de que los datos arrojaran una cantidad insatisfactoria. En el juicio, el abogado de la demandada dijo desconocer las omisiones denunciadas y ofreció en cualquier caso completar la documentación contable con lo que se le solicitara, propuesta que no fue recogida por la actora para solicitar diligencia final. No está justificado, en suma, el cambio de criterio por una supuesta imposibilidad de determinación del presentado en la demanda por causas imputables a la demandada. Se advierte falta de diligencia y de iniciativa de la parte actora en el agotamiento de las posibilidades de llegar al cálculo de la indemnización según el criterio solicitado en principio.

A mayor abundamiento, los elementos portados por la actora para determinar la indemnización por los nuevos criterios no son pertinentes. Proceden de datos de obrantes en otro proceso, no habiendo con el presente exacta coincidencia de demandantes, y de fuente probatoria ajena a este proceso por lo que los datos y porcentajes no pueden sin más trasladarse aquí.

-Por lo que respecta a la indemnización por desprestigio, no se advierte imposibilidad para su concesión. La sentencia dice que no hay duda de que ha podido causar el perjuicio y las razones que se dan para no concederlas, la falta de conocimiento y comparación con la indemnización por daño patrimonial, no son suficientes. El artículo 43.1 LM, al utilizar el término "también", no presenta esta indemnización como vinculada a la patrimonial, por devengo o por cuantía. Los conceptos y supuestos son distintos y separables y nada impide, en suma concederla, aunque no se conozca el alcance del eventual daño patrimonial si se ha reconocido el supuesto de devengo, de perjuicio por pérdida de prestigio que en el caso presente hay que considerar producido por la actuación de la demandada.

Dentro de la aleatoriedad propia de estos casos y aún más del presente en el que no hay referencia a daño patrimonial, lo cual no constituye motivo de denegación, se considera adecuado señalar una indemnización de 10.000 euros.

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas de esta instancia, se imponen a la demandada las causadas por la sustanciación de su recurso y no se imponen las del recurso de la parte actora.

## FALLO

Se desestima el recurso interpuesto por Vicinanza Trading SL y se estima parcialmente el planteado por las actoras Parfums Christian Dior S.A., Kenzo S.A., LVMH IBERIA S.L., Guerlain S.A. y LVMH Fragrance Brands S.A. contra la sentencia dictada por el juzgado Mercantil número 2 de Barcelona, de fecha 30 de julio de 2013, la cual se revoca en el único sentido de condenar a dicha demandada a pagar a las actoras la cantidad de 10.000 euros, con los intereses que se devenguen desde la fecha de esta sentencia, dejando subsistentes los demás pronunciamientos. Se imponen a la demandada las costas causadas por su recurso y no se hace condena en cuanto a las del recurso de las actoras. Con devolución a éstas del depósito constituido para recurrir.

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

Devuélvanse los autos originales al juzgado de su procedencia con testimonio de esta resolución, una vez firme, a los efectos procedentes.

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

Publicación. La sentencia que antecede ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en el mismo día de su fecha, a mi presencia; doy fe.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019370152014100341**