

AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE VALENCIA

Escrito de Demanda

CARLOS EDUARDO SOLSONA ESPRIU, Procurador de los Tribunales y de **EXCLUSIVE CAPS, SL** y de **D. MIGUEL ÁNGEL GOLFE MONTALT** representación que acreditaré mediante comparecencia *apud acta*, ante el Juzgado al que por turno de reparto corresponda y al que tengo el honor de dirigirme, comparezco, y como mejor procede en Derecho, **MANIFIESTO**:

Que, por medio del presente escrito, interpongo **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO**, ejercitando **acción por infracción derechos de Propiedad Intelectual, acción por actos de Competencia Desleal e Infracción de Derechos Marcarios e incumplimiento contractual**, contra la mercantil **JOY AND LIFE CLOTHING COMPANY SPAIN, SL**, provista de NIF nº B-98896384 y contra **D. VICENT RICART MORENO**, provisto de NIF nº 53356228-T, con domicilio ambos a efecto de notificaciones en Avda. Ricardo Capella nº 17 bajo, 46210 Picanya (Valencia) sirviendo de base a la presente los siguientes

HECHOS

PRIMERO. - ANTECEDENTES. - Mi mandante la mercantil **EXCLUSIVE CAPS, SL** fue creada el año 2013 y tiene por objeto social el diseño, fabricación, compraventa y comercialización en el territorio nacional e internacional de todo tipo de productos textiles y complementos de vestir, especialmente, gorras de diseño a través de todo tipo de canales.

D. MIGUEL ÁNGEL GOLFE MONTALT y D. VICENT RICART MORENO fueron socios de dicha mercantil hasta que el pasado el 31 de enero de 2017, el ahora demandado Sr. Ricart Moreno vendió las participaciones sociales que ostentaba a mi mandante el Sr. Golfe Montalt en escritura pública otorgada ante el Notario de Valencia Dña. María Consuelo Bombal Quirós. Al mismo tiempo, firmaron un

acuerdo elevado a público ante el mismo Notario otorgando escritura de asunción de obligaciones.

(Aporto como **documento nº uno y dos**, las mencionadas escrituras de venta de participaciones y asunción de obligaciones respecto a la marca.)

En dicha escritura de asunción de obligaciones se exponía que ambos eran cotitulares al 50% de la marca nacional M-3113217 (0) XTRESS EXCLUSIVE y convenían respecto al uso de marca diferentes pactos, habiendo sido incumplidos por el demandado de forma sistemática a través de la mercantil **JOY AND LIFE CLOTHING COMPANY SPAIN, SL**, que fue constituida el 27 de febrero de 2017 siendo **D. VICENT RICART MORENO** su administrador único.

(Aporto como **documento nº tres**, sitadex no actualizado registralmente de la marca relacionada y como **documento nº cuatro**, Nota del Registro Mercantil de Valencia donde consta D. VICENT RICART MORENO como administrador de dicha sociedad)

En el pacto noveno de dicho acuerdo (aportado como documento nº 2 de esta demanda) se establecía que los dominios creados “XTRESSEXCLUSIVE.COM” y los futuros creados como “XTRESSEXCLUSIVE” así como las cuentas de redes sociales pasaban a ser propiedad de **EXCLUSIVE CAPS, SL**, de forma que dicha mercantil explotaría las páginas web: <https://xtressexclusive.com/es/>

SEGUNDO. - INFRACCIÓN DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. COPIA DE CONTENIDOS WEB. - La entidad **EXCLUSIVE CAPS, SL** fue la creadora de los contenidos web y la titular de los derechos de explotación de sus contenidos. Los contenidos de la página web, textos, gráficos, vídeos, fotografías, logotipos, catálogos, iconos, imágenes, diseño gráfico, etc... son objeto y están protegidos por derechos de propiedad intelectual siendo a mi mandante a quien corresponden los derechos de explotación.

La mercantil demandada **JOY AND LIFE CLOTHING COMPANY SPAIN, SL**, explota las páginas web: <https://xtressoriginal.com/pages/condiciones-legales>

y <https://joylifeco.com/pages/condiciones-legales>, tal y como aparece en sus condiciones legales.

(Aporto como **documento nº cinco y nº seis**, impresiones de las citadas condiciones legales donde se observa quién es la responsable de conformidad con el Art 10 de la LSSI.)

Los demandados han reproducido en sus web y perfiles de RRSS contenidos, imágenes y fotografías de modelos publicitarias cuyos derechos de explotación pertenecen en exclusiva a mis mandantes por ser quienes han ostentado los derechos patrimoniales (Art. 17 TRLPI) lo cual supone una vulneración de su derecho exclusivo a explotarlas.

El demandado se ha apropiado y usado de forma ilícita en la web www.xtressoriginal.com fotografías, imágenes y elementos copiados de la página web de mi mandante.

Asimismo, en perfiles sociales, concretamente en los perfiles en INSTAGRAM y FACEBOOK de “xtressoriginal” que la mercantil demandada explota se han utilizado imágenes y fotografías de modelos publicitarias cuyos derechos de explotación pertenecen en exclusiva a mis mandantes.

(Aporto como **documento nº siete** los pagos realizados por los derechos de explotación de las imágenes y como **documento nº ocho**, Acta Notarial, de 24 de mayo de 2017 levantada por la Notario Dña. María Consuelo Bombal Quirós donde puede comprobarse el uso de los contenidos de mi mandante en la web y perfiles de la demandada.)

D. Vicent Ricart, conforme al pacto noveno de dicho acuerdo (aportado como documento nº 2 de esta demanda) no puede utilizar perfiles en RRSS de “XTRESSEXCLUSIVE” dado que se ceden a EXCLUSIVE CAPS, SL y se prohíbe su uso por el demandado.

TERCERO. - ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL. CONFUSIÓN. – Las demandadas al copiar los contenidos web (fotografías, etc...) en su web www.xtressoriginal.com y en los perfiles de Redes Sociales descritos y aprovecharse del material perteneciente a mi mandante sin abonar royalties inducen a error a futuros clientes acerca de la identidad de las empresas y titular de los derechos, constituyendo todo ello un verdadero acto de confusión.

Resulta claro que el demandado elige como pauta de actuación una estrategia de imitación y confusión completamente reprobable y desleal.

Prueba de ello es que la mercantil demandada está usando un signo distintivo (nombre de dominio) www.xtressoriginal.com prácticamente idéntico a la marca registrada “XTRESSEXCLUSIVE” como marca, lo cual genera también confusión en los consumidores con la marca registrada de la que tanto el administrador de EXCLUSIVE CAPS, SL como el administrador de JOY AND LIFE CLOTHING COMPANY SPAIN, SL son cotitulares al 50%, por lo que dicho uso va en detrimento de la marca registrada y produce una dilución de la misma y un riesgo de confusión y asociación evidentes.

Se crea con esta conducta un alto riesgo de confusión en los consumidores dado que, con el uso imitativo del signo XTRESSORIGINAL, los consumidores tienen la creencia errónea de que los productos o servicios tienen el mismo origen empresarial. Se trata de un ilícito de riesgo y basta con que se produzca el riesgo de confusión.

De hecho, al introducir en el buscador de Google la marca “XTRESS EXCLUSIVE” aparece en primer lugar la web www.xtressoriginal.com y en segundo lugar las web de mi mandante <https://xtressexclusive.com/es/>, pudiendo pensar el consumidor medio que se trata de la misma empresa o de empresas vinculadas.

(Aporto como **documento nº 9**, impresión de la búsqueda realizada en Google).

El registro de ese nombre de dominio “xtressoriginal” constituye un acto de competencia desleal y se trata también de un acto contrario a las exigencias de la buena fe.

Asimismo, los demandados realizan actos contrarios a la buena fe, como es el recibir materiales de la empresa Bordados Fuensalida destinados a EXCLUSIVE CAPS, quedándose dicho material a sabiendas que no va dirigido a ellos, impidiendo la confección de gorras de determinadas características.

(Aporto como **documentos nº 10 y 11**, albaranes y el correo electrónico del proveedor).

CUARTO. - INFRACCION DERECHOS MARCARIOS. CONFUSIÓN.- La mercantil JOY AND LIFE CLOTHING COMPANY SPAIN, SL que explota la página web www.xtressoriginal.com infringe el derecho exclusivo de los cotitulares de la marca nacional M-3113217 (0) XTRESS EXCLUSIVE al usar un signo (nombre de dominio) prácticamente idéntico a la marca registrada y que implica riesgo de asociación entre el nombre de dominio y la marca causando un perjuicio evidente a mi mandante el D. Miguel Ángel Golfe Montalt .

Los demandados crean *ad hoc* y utilizan el signo www.xtressoriginal.com a título de marca en vez de limitarse a utilizar el dominio <https://joylifeco.com>

Por otro lado, indicar que D. Vicent Ricart no podría, sin consentimiento del demandante, apoderarse de un signo común (xtressoriginal.com) resultando una acción fraudulenta.

QUINTO. - ACTOS DE ACOSO. - En este escenario de actos de competencia desleal e infracción de derechos, D. Vicent Ricart Moreno también ha amenazado en diferentes ocasiones a D. Miguel Golfe y lo ha difamado, habiendo este último interpuesto varias denuncias por dichas conductas. Actos éstos que sólo pueden reputarse como desleales por cuanto persiguen con el acoso y la coacción hacia mis mandantes e influir en su comportamiento

económico, de forma que la explotación de su sociedad y de la marca “Xtress Exclusive” se vean afectadas.

(Aporto como **documento nº doce**, denuncia efectuada ante la Guardia Civil).

SEXTO. - INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO. – Por otro lado, el demandado D. VICENTE RICART, a través de su sociedad y sus perfiles sociales está realizando de forma continuada las siguientes conductas que suponen un incumplimiento del contrato firmado ante Notario (aportado como documento nº 2 de esta demanda).

Se está realizando la venta de gorras “Xtressexclusive” a través de la web con descuentos que suponen un incumplimiento de los precios de venta establecidos contractualmente, así como la venta con descuentos de “2 x 1” lo cual es contrario al pacto de packs de 2 artículos.

En el Punto cuarto del citado acuerdo, se establecía que: “(...) *siendo los precios de venta establecidos para D. Vicent Ricart Moreno, desde los 19, 95 € como mínimo a un máximo de 39,95 €, pudiendo realizar ofertas de regalo de 1 artículo en carrito de compra o packs de 2 artículos.*”

Comercialmente, la venta de dos productos al precio de uno (2x1) es la oferta más agresiva que puede tener el mercado de la moda. Lo que permite el pacto elevado ante Notario es un el “*pack de 2 artículos*” que no es lo mismo que un “2x1”. El pack es la venta de dos productos a un precio cada uno distinto y que se ofrece con un precio final más reducido.

Un ejemplo de “*pack de 2 artículos*” sería el siguiente: Una gorra que vale 30 € y otra gorra que vale 39 € se incluyen en un pack y se presentan a precio final de 59 € los dos productos. Esta oferta permite una rebaja, pero no la oferta al 50% como el “2x1”. En cambio, la oferta del “2x1” es que una gorra que vale 30 € le digo al cliente que por ese precio de 30 € se lleva 2 gorras, de forma que está vendiendo a 15 € la gorra y por tanto incumpliendo el pacto en cuanto a precios.

Aportamos como **documento nº 13, 14 y 15**, fotografías de venta desde el entorno “Xtressoriginal” de gorras a 10 y 15 € y ofertas 2x1.

Asimismo, el demandado está incumpliendo el pacto suscrito en cuanto a la venta de productos “Xtressexclusive” de forma presencial, lo cual está prohibido contractualmente, dado que el punto cuarto establece que: *“La venta de productos fabricados por D. Vicent Ricart Moreno, solo podrán comercializarse y venderse mediante el sistema “on line”, obligándose a entregar los pedidos on line en el plazo máximo de 72 horas laborables en territorio nacional (Peninsular) y un plazo de 10 a 12 días para envíos a Islas canarias, Baleares o Ceuta y Melilla (...)*

En este sentido, se ha dirigido por WhatsApp, por teléfono y presencialmente a distintos clientes como a la discoteca KOKUN de Torremolinos.

Por último, en cuanto a incumplimientos del citado acuerdo, está incumpliendo los plazos de entrega de los productos que ha generado quejas continuas por parte de clientes.

En definitiva, incumplimientos todos ellos que contravienen también lo dispuesto en la cláusula 6ª del citado acuerdo en cuanto a que suponen un desprestigio de la fama y buen nombre de la marca “XTRESSEXCLUSIVE”.

Mi mandante, en cuatro años de actividad, ha conseguido alcanzar fama y reputación en el sector de forma meritoria con más de 105.800 fans en Facebook, 9.950 en Instagram y distribuidores en 5 países de Europa: Bulgaria, Italia, Francia, Rumania y Grecia.

Asimismo, distintos personajes públicos han aparecido en prensa vistiendo nuestras gorras.

QUINTO.- REQUERIMIENTOS EFECTUADOS.- Al margen de las continuas llamadas solicitando el cese, se remitió por parte de mis mandantes

un burofax en fecha 12 de junio de 2017 por el servicio de certificaciones del ICAV sin que el demandado respondiera de forma satisfactoria, continuando el mismo en situación infractora de derechos, limitándose a enviar por email “AGRlegal soluciones jurídicas integrales” contestación oponiéndose a los requerimientos efectuados.

Aporto como **documento nº 16 y 17**, carta conminatoria remitida a través del Colegio de Abogados de Valencia y carta remitida por email por cuenta de los demandados por parte de “AGRlegal soluciones jurídicas integrales”.

SEXTO. - DAÑOS Y PERJUICIOS. - Los demandados han perjudicado de forma meridiana a mis representadas, generando un indeseado riesgo de confusión y estando su conducta orientada a que el consumidor confunda productos y servicios, así como su procedencia y calidad, haciéndole perder ventas a consecuencia de estas conductas.

Toda vez que los demandados siguen haciendo uso de *xtressoriginal* en página web y perfiles sociales, así como siguen realizando actos de competencia desleal e incumpliendo el acuerdo en cuanto a la marca, la cuantificación de los daños deberá hacerse en ejecución de sentencia, una vez haya cesado la adversa en su ilícita actuación, fijándose, a partir de la condena a la cesación de actos de violación, una indemnización no inferior a 600 € por día, hasta la efectiva cesación en los actos de violación, como dispone el Art 44 de la Ley de Marcas.

OCTAVO. - Que esta parte ha intentado cumplir los requisitos de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil lo que pongo en conocimiento del Juzgado para que de conformidad con el Artículo 231 de la citada Ley nos conceda plazo para subsanar si hubiere incurrido en algún defecto.

A los hechos descritos le sirven de base los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- JURISDICCIÓN.- Corresponde la jurisdicción a este orden al amparo de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 9.1 y 2 y 21.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Asimismo, el Art. 86 ter 2. a), establece que: *“Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, (...)”*

II.- REPRESENTACIÓN. - Mi mandante está debidamente representado por el Procurador que suscribe al amparo de lo dispuesto en el artículo 23.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dirigidos por Abogado habilitado para el ejercicio de su profesión en virtud de lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

III.- COMPETENCIA TERRITORIAL. -Corresponde a los Juzgados de lo Mercantil de Valencia. El Juzgado de lo Mercantil de Valencia es el único competente en la Comunidad Valenciana para conocer de la infracción de la marca, tal y como establece el art. 52.1, 13º de la LEC EDL 2000/77463, en relación con la disposición adicional primera de la Ley de Marcas EDL 1988/13320 que remite el art. 125.2 de la Ley de Patentes.

IV.- PROCEDIMIENTO APLICABLE. - Artículo 249 LEC: **Ámbito del juicio ordinario:**

1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:

4º “Las demandas en materia de competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso de tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame.”

V.- LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.

Artículo 10. LEC. - Condición de parte procesal legítima:

“Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular.”

La **legitimación activa** la ostentan mis mandantes por ser las entidades perjudicadas por la infracción de derechos.

La **legitimación pasiva** la ostenta la demandada al ser quien lesiona los derechos de mis representados.

VI.- FONDO DEL ASUNTO. - Resultan aplicables los siguientes preceptos legales:

- **Respecto a la infracción de Derechos de Propiedad Intelectual:**

Artículo 10 TRLPI: Obras y títulos originales

“1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.

b) Las composiciones musicales, con o sin letra.

c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.

d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.

e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.

f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.

g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.

h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.

i) Los programas de ordenador.

Artículo 128 TRLPI: De las meras fotografías

“Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas. Este derecho tendrá una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción.”

Arts. 138 a 141 del TRLPI: Artículo 140 TRLPI: Indemnización

“1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

2. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

a) *Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.*

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

b) *La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.*

3. La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.”

- **Respecto a los actos de competencia desleal:**

Artículo 6 LCD. - Actos de confusión: “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.”

Artículo 12 LCD. - Explotación de la reputación ajena: “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”

Artículo 11 LCD. - Actos de imitación:

“1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley.

2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado.”

Artículo 4 LCD Cláusula general:

1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

- **Respecto a la infracción marcaria:**

Artículo 34 de la Ley de Marcas: Derechos conferidos por la marca

“1. El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico.

2. El titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico:

a) Cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que la marca esté registrada.

b) Cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios implique un riesgo de confusión del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca.

c) Cualquier signo idéntico o semejante para productos o servicios que no sean similares a aquéllos para los que esté registrada la marca, cuando ésta sea notoria o renombrada en España y con la utilización del signo realizada sin justa causa se pueda indicar una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca o, en general, cuando ese uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dicha marca registrada.

3. Cuando se cumplan las condiciones enumeradas en el apartado anterior podrá prohibirse, en especial:

a) Poner el signo en los productos o en su presentación.

b) Ofrecer los productos, comercializarlos o almacenarlos con esos fines u ofrecer o prestar servicios con el signo.

c) Importar o exportar los productos con el signo.

d) Utilizar el signo en los documentos mercantiles y la publicidad.

e) Usar el signo en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio.

f) Poner el signo en envoltorios, embalajes, etiquetas u otros medios de identificación u ornamentación del producto o servicio, elaborarlos o prestarlos, o fabricar, confeccionar, ofrecer, comercializar, importar, exportar o almacenar cualquiera de esos medios incorporando el signo, si existe la posibilidad de que dichos medios puedan ser utilizados para realizar algún acto que conforme a las letras anteriores estaría prohibido.

4. El titular de una marca registrada podrá impedir que los comerciantes o distribuidores supriman dicha marca sin su expreso consentimiento, si bien no podrá impedir que añadan por separado marcas o signos distintivos propios, siempre que ello no menoscabe la distintividad de la marca principal. (...)"

En cuanto a incumplimiento contractual denunciado resultan también aplicables al fondo del asunto los Art. 1089, 1091, 1101, 1254, 1256, 1124 Código Civil.

Artículo 1256 CC: *La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*

Artículo 1124: *La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.*

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo.

En relación a la **JURISPRUDENCIA** aplicable al fondo del asunto debemos citar las siguientes sentencias:

✓ **SAP Granada 16/03/2012 (EDJ 2012/229984)**

✓ **SAP Baleares 18/02/2011 (EDJ 2011/48652):** “ (...) En el caso, el demandado se beneficia del nombre comercial de la actora, como ya se ha dicho en referencia a Internet, publicación del archivo y fotografías propiedad de los actores, adjudicación por el demandado de obras realizadas por la actora en distintos establecimientos hoteleros (véase acta notarial -f. 72 a 90), mayormente de la Cadena Riu (f. 96), a pesar de la resolución contractual y de percibir una indemnización a 30-11-07; y se aprovecha potencialmente de los esfuerzos y ventajas de la actora, como si fuesen propios, indebidamente e injustificadamente.”

✓ **SAP Sevilla 03/05/2004 (EDJ 2004/76783):** “(...) La Sala determina que la inclusión en un catálogo comercial de fotografías de una edificación ejecutada por la competidora puede inducir a error a futuros clientes acerca de la autoría de dicha obra, constituyendo un acto de confusión (...)

✓ **SAP Barcelona 21/06/2005 (EDJ 2005/110930)** Sobre confusión de marcas y dominios.

VI.- EN CUANTO A LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Respecto al tratamiento procesal del resarcimiento de los daños y perjuicios invocamos el contenido de los artículos 209, 219, 712, ss y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Art. 140. 2 de la Ley de Propiedad Intelectual:

2. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

SAP Baleares 18/02/2011: "Dentro del concepto de daño patrimonial se incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante. El daño emergente se califica con el concepto clásico de "pérdida", según señala la doctrina civilista. El lucro cesante, como es sabido, viene integrado por aquellas "ganancias dejadas de obtener" como consecuencia del acto de competencia desleal. El punto a las pautas o criterios que deberán utilizarse para fijar las cuantías, cabría adoptar cualquiera de las siguientes:

-Los beneficios que hubiera obtenido "el empresario víctima" del acto de competencia desleal si no mediase tal acto.

-Los beneficios que haya obtenido "el acto" de competencia desleal.

Por lo demás, también se considera como criterios válidos para cuantificar el lucro cesante, la disminución en las ventas por parte del empresario víctima del acto de competencia desleal. Y también la pérdida de cuota de mercado.

Otros parámetros pueden ser:

-Ventas previstas no realizadas.

-Pérdida de cuota de mercado.

-Pérdida de facturación con relación a años anteriores.

-Caída de las exportaciones.

-Ventas del mercado de referencia desplazadas por productos falsos o imitados.

-Royalties no pagados.

-Reducción de los márgenes de beneficio.

-Daños causados en la reputación y a la imagen de la marca.

-Costes de defensa legal, previa a la defensa, e investigación.

-Unidades fraudulentas incautadas, etc."

Y, el "daño competitivo" o concurrencial es casi una característica del acto desleal en sí. Consiste en la misma alteración de la competencia, un daño

que se produce en el mercado por la simple realización del acto. Algunos lo llaman "daño eventual" en contraposición al "daño efectivo" sufrido en un determinado patrimonio. En el "daño competitivo" hay daño patrimonial porque hay una perturbación del mercado relevante del producto.

Artículo 43 de la Ley de Marcas: Cálculo de la indemnización de daños y perjuicios

“1. La indemnización de daños y perjuicios comprenderá no sólo las pérdidas sufridas, sino también la ganancia dejada de obtener por el titular del registro de la marca causa de la violación de su derecho. El titular del registro de marca también podrá exigir la indemnización del perjuicio causado al prestigio de la marca por el infractor, especialmente por una realización defectuosa de los productos ilícitamente marcados o una presentación inadecuada de aquélla en el mercado. Asimismo, la cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.”

Asimismo, en materia de propiedad intelectual se opta el criterio establecido en el Art 140. 2 a) y en todo caso se debe indemnizar por el daño moral causado por la difusión y alcance que ha tenido en Internet y Redes Sociales.

Daño Moral: Como señala la jurisprudencia el reconocimiento del daño moral indemnizable requiere un padecimiento o sufrimiento psíquico (SSTS 22 mayo 1995 EDJ 1995/2454)

AP Barcelona, sec. 15ª, S 15-6-2012, nº 238/2012, rec. 662/2011

“(…) La jurisprudencia viene definiendo el daño moral como el que deriva de un "impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio o incertidumbre" o "el trastorno de ansiedad, impacto emocional e incertidumbre consecuente" (STS 3 de mayo de 2006 [EDJ 2006/65259](#), con cita de otras sentencias del Tribunal Supremo). El Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de junio de 2010 [EDJ 2010/185008](#), establece que " Los daños morales, asociados frecuentemente por la jurisprudencia a los padecimientos físicos o psíquicos, son aquellos que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad (así se deduce, por ejemplo, de la definición del daño no patrimonial contenida en los PETL (Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, elaborados por el European Group on TortLaw), artículo 10:301).

VII.- CUANTÍA. - La cuantía de este procedimiento se designa como indeterminada, toda vez que a tenor del Art 253.3 de la LEC, el interés económico de la acción no puede calcularse conforme a ningunas de las normas de

determinación de la cuantía ni puede determinarse al tiempo de interponer la demanda.

VIII.- COSTAS. - Conforme a lo previsto en el artículo 394.1 de la LEC, las costas deben ser impuestas al demandado.

En virtud de todo cuanto antecede,

SUPLICO AL JUZGADO, Que habiendo por presentado este escrito junto con sus copias y documentos que acompaña, se sirva admitir a trámite la presente **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO** ejercitando **acción por infracción derechos de Propiedad Intelectual conforme Arts. 138 a 141 del TRLPI, acción por actos de Competencia Desleal e Infracción de Derechos Marcarios**, contra **JOY AND LIFE CLOTHING COMPANY SPAIN, SL** y contra **D. VICENT RICART MORENO** para que, tras los trámites legales oportunos, se señale día y hora para la celebración de la preceptiva audiencia previa y posterior juicio, con la finalidad de que en su día se dicte una Sentencia por la que estimando íntegramente la presente demanda:

- ✓ Declare que las conductas del demandado suponen una infracción de los derechos marcarios de mis mandantes y de propiedad intelectual, declarándose igualmente desleales las conductas realizadas por el mismo condenándole al cese de conductas infractoras si todavía se estuvieran produciendo al tiempo de dictarse la sentencia.
- ✓ Se condene al demandado a dejar de utilizar el dominio “xtressoriginal” al infringir derechos marcarios de la demandante.
- ✓ Se condene al demandado a que indemnice a las actoras en concepto de daños y perjuicios conforme a lo especificado en el hecho séptimo de la demanda y conforme a lo establecido en el Art 43.2 letra a) y art 45 de la LM y 140. 2 de la LPI.
- ✓ Se condene al demandado a ordenar la publicación de la Sentencia recaída en estos autos en dos revistas y publicaciones de difusión nacional que esta parte reseñará en el momento de ejecución de Sentencia, siendo los gastos de la publicación a costa del demandado.
- ✓ Se le condene al pago de las costas procesales.

OTROSÍ DIGO: Interesa a esta parte, para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que pudiera recaer en el referido procedimiento, la adopción de las siguientes **MEDIDAS CAUTELARES:**

PRIMERO: Se solicita la adopción de las siguientes medidas cautelares de conformidad con lo dispuesto en el Art 727 LEC:

- El cese provisional en el uso en sus web y perfiles de RRSS de contenidos, imágenes y fotografías de modelos publicitarias cuyos derechos de explotación pertenecen en exclusiva a mis mandantes por ser quienes han ostentado los derechos patrimoniales.
- El cese provisional en el uso del dominio www.xtressoriginal.com dado que al usar un signo (nombre de dominio) prácticamente idéntico a la marca registrada (M-3113217 (0) XTRESS EXCLUSIVE) implica riesgo de asociación muy evidente entre el nombre de dominio y la marca, librándose a tal fin mandamiento al agente registrador para que bloquee provisionalmente dicho nombre de dominio.

SEGUNDO: Se justifica la necesidad de ambas medidas por cumplirse los requisitos de “**Periculum in mora**” y “**Fumus Bonis iuris**”.

Tanto el empleo de imágenes y fotografías cuyos derechos corresponden a mis mandantes, así como el uso del signo distintivo dominio www.xtressoriginal.com originan un riesgo de confusión evidente sobre el origen empresarial de los servicios pudiéndose pensar que ambas mercantiles están vinculadas.

En este sentido, cito AAP Barcelona de 10 de septiembre de 2009 (EDJ 2009/278829).

TERCERO: Si bien esta parte entiende que la adopción de las medidas cautelares interesadas no causará ningún perjuicio a la parte demandada habida cuenta que ésta dispone de otro dominio que se corresponde con su marca <https://joylifeco.com> donde vender las gorras XTRESEXCLUSIVE, motivo por el cual no debería prestar caución, para la adopción de las medidas solicitadas esta parte ofrece caución de 300 €.

CUARTO: Los documentos en los que se apoya la solicitud de medidas cautelares son que se den por reproducidos los documentos aportados junto a la demanda como **DOCUMENTOS Nº del 1 al 11.**

QUINTO.- Las costas deberán ser impuestas al demandado si se opusiere a la adopción de las medidas cautelares propuestas, a tenor de lo dispuesto en el 736 en relación con el 394 LEC.

SUPlico AL JUZGADO: Admita a trámite la solicitud de medidas cautelares presentada y, en virtud de lo expuesto acuerde:

- El cese provisional en el uso en sus web y perfiles de RRSS de contenidos, imágenes y fotografías de modelos publicitarias cuyos derechos de explotación pertenecen en exclusiva a mis mandantes por ser quienes han ostentado los derechos patrimoniales.
- El cese provisional en el uso del dominio www.xtressoriginal.com dado que al usar un signo (nombre de dominio) prácticamente idéntico a la marca registrada (M-3113217 (0) XTRESS EXCLUSIVE) implica riesgo de asociación muy evidente entre el nombre de dominio y la marca, librándose a tal fin mandamiento al agente registrador para que bloquee provisionalmente dicho nombre de dominio.

Para la adopción de las medidas interesadas se ofrece caución de 300 €.

Es justicia que pido en Valencia, a 27 de septiembre de 2017.

Ldo. Salvador Silvestre Camps

Proc. Carlos Solsona Espriu