



Roj: **SJM SS 3341/2015 - ECLI: ES:JMSS:2015:3341**

Id Cendoj: **20069470012015100094**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **1**

Fecha: **29/01/2015**

Nº de Recurso: **361/2010**

Nº de Resolución: **16/2015**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **PEDRO JOSE MALAGON RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA

DONOSTIAKO 1 ZK.KO MERKATARITZA-ARLOKO EPAITEGIA

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 3ª Planta - C.P./PK: 20012

TEL.: 943 00 07 29

FAX: 943 00 43 86

NIG PV/ IZO EAE: **20.05.2-10/006760**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **20.069.47.1-2010/0006760**

Procedimiento / *Prozedura* : **Proc.ordinario / Prozedura arrunta 361/2010 - H**

Materia: **COMPETENCIA DESLEAL**

Demandante / *Demandatzailea* : **KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L.**

Abogado / *Abokatua* : **ANTONIO Mª IRURETAGOYENA MARTIN**

Procurador / *Prokuradorea* : **RAMON CALPARSORO BANDRES**

Demandado / *Demandatua* : **PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA S.L., Luis Miguel y Pedro Miguel**

Abogado / *Abokatua* : **ELIAS OLAIZOLA MUGICA, ELIAS OLAIZOLA MUGICA y Mª DEL CARMEN JAUREGUI ENCARNACION**

Procurador / *Prokuradorea* : **JOSE ALEJANDRO RODRIGUEZ LOBATO, JOSE ALEJANDRO RODRIGUEZ LOBATO y JOSE ALEJANDRO RODRIGUEZ LOBATO**

SENTENCIA Nº 16/15

MAGISTRADO QUE LA DICTA : D/Dª PEDRO JOSÉ MALAGÓN RUIZ

Lugar : DONOSTIA / SAN SEBASTIAN

Fecha : Veintinueve de enero de dos mil quince

D. PEDRO JOSÉ MALAGÓN RUIZ, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta ciudad, habiendo visto los autos del juicio ordinario nº 361/10 sobre competencia desleal, seguidos a instancia del Procurador Sr. Calparsoro Bandrés, en nombre y representación de KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L., asistida por el Letrado Sr. Iruretagoyena, contra D. Luis Miguel y PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA S.L., representados por el procurador Sr. Rodríguez Lobato y asistidos por el Letrado Sr. Olaizola y D. Pedro Miguel, representado por el Procurador Sr. Rodríguez Lobato y asistido por la Letrada Sra. Jauregui, ha pronunciado:

la siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Procurador Sr. Calparsoro Bandrés, en nombre y representación de KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L formuló en fecha 31 de mayo de dos mil diez demanda de juicio ordinario contra D. Luis Miguel , D. Pedro Miguel y PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA S.L., con los siguientes pedimentos:

- La petición de que se declare que los demandados han realizado actos de competencia desleal objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fé y que, igualmente, han realizado actos desleales consistentes en:

La explotación sin autorización de KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L. de secretos empresariales pertenecientes a ésta última habiendo adquirido los mismos de forma ilícita.

Haber inducido a los trabajadores, clientes y subcontratados de KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L. a infringir los deberes contractuales básicos que habían contraído con ésta.

Haberse aprovechado de las infracciones contractuales ajenas señaladas en el apartado anterior para la explotación en beneficio propio de los secretos industriales y empresariales de KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L..

Haber inducido a clientes de KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L. a la infracción de contratos con animo de aprovechamiento propio y con la intención de eliminar a KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L. del mercado.

Haber realizado actos de confusión y engaño sobre clientes.

Haberse apropiado de obras contratadas con KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L. habiendo facturado las mismas cuando ni siquiera PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA S.L. se había constituido en el momento de realización de dichas obras.

- La petición de que se condene a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones y sus consecuencias jurídicas y se les condene solidariamente a:

Cesar definitivamente en los actos de competencia desleal señalados anteriormente.

Que se abstengan definitivamente de realizar actos análogos a los señalados anteriormente.

Que indemnicen solidariamente a KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L. en la suma de 299.383,30 euros por los daños y perjuicios que le han ocasionado como consecuencia de los actos de competencia desleal señalados anteriormente, declarando que ha existido dolo o culpa de los demandados en su actuación.

- La petición de que se publique a su costa la sentencia que se dicte en el procedimiento en el periódico de mayor difusión de la provincia.

- La petición de que se les condene al pago de las costas procesales.

La actora alega que, a raíz de la ruptura matrimonial de la administradora única la Sra. Rosa y de D. Luis Miguel , socio con un 39,93% del capital social, administrador de hecho y persona que captaba la clientela, por este último se comenzaron a realizar acciones tendentes a competir deslealmente con KOVILAR:

Constitución de una empresa con la misma actividad y alquiler de un pabellón industrial cuando todavía prestaba servicios para KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L..

Captación al Sr. Pedro Miguel como topo dentro de KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L. y persona que colabora en los actos de competencia desleal.

Inducción a los subcontratados de KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L. para que dejen de prestarle servicios y lo hagan para la nueva empresa; les exigen que ya las obras realizadas en el mes de septiembre de dos mil ocho se las facturen a la nueva empresa.

Actos de confusión y engaño con los clientes a fin de pasar la actividad a la nueva empresa, incluso cuando ésta todavía no estaba constituida. Inducción a la infracción contractual.

Apoderamiento de obras iniciadas por KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L. mediante tales actos.

La actora entiende que se le ha ocasionado un perjuicio que cifra en la suma de 299.383,30 euros.

SEGUNDO.- Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a los demandados, emplazándoseles para que la contestaran en el plazo de 20 días, lo cual efectuaron, oponiéndose a la misma.

Por parte de D. Luis Miguel y PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA S.L., se incidió en que en todo el conflicto subyace un conflicto conyugal entre Doña. Rosa y el Sr. Luis Miguel ; que en el marco de esa ruptura se pretendió por la primera la "jubilación" del Sr. Luis Miguel , que era quien sostenía la actividad de KOVILAR con su actividad comercial, sus contactos y su conocimiento del sector; que no se llegó a acuerdo para la

liquidación del patrimonio familiar; que es en todo este contexto en el que hay que examinar los hechos en los que se basa la demanda.

Por lo demás, se plantean los siguientes argumentos en contra de la demanda:

La creación de una nueva empresa y el alquiler de una pabellón industrial por el Sr. Luis Miguel son actos totalmente lícitos amparados por el derecho a la libertad de empresa.

Los vehículos utilizados eran asignados por la empresa a los miembros de la familia para su uso personal y para todo tipo de actividades.

KOVILAR solo tenía dos trabajadores, los sres. Hermenegildo y Santos (este último hasta mediados de septiembre de dos mil ocho), por lo que no puede indicarse que se utilizaban medios de la empresa cuando se está refiriendo al personal subcontratado, que tenía libertad de contratar con quien quisiera.

El Sr. Luis Miguel, como preparación para la actividad de la nueva sociedad realizó diversas reuniones con personas interesadas que decidieron sumarse voluntariamente al proyecto; todo ello se hizo sin engaño y sin amenazas; todas las personas sabían de la ruptura de relaciones en el seno del matrimonio que comandaba KOVILAR.

No es cierto que la nueva empresa exigiera a los subcontratados que le facturaran a ella, sino que se trata de trabajos concertados por PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA.

No hubo confusión en las actividades de una y otra empresa, sino que los pedidos llegaban siempre por medio del Sr. Luis Miguel, por lo que no puede decirse que fueran de KOVILAR; también se niega que por PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA se utilizara material propiedad de KOVILAR.

No hubo **violación de secretos** empresariales; la lista de clientes no lo es y aparte los clientes lo eran del Sr. Luis Miguel desde antes de constituirse KOVILAR.

Los supuestos perjuicios no son tales y el informe pericial que los cuantifica se basa en datos falseados

D. Pedro Miguel contestó, oponiéndose a la demanda.

- Su falta de legitimación pasiva; pues no se acredita ningún vínculo con la empresa PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA.

- Toda la demanda es un fraude de ley al utilizar la L.C.D. para intentar solventar las diferencias en la liquidación del patrimonio familiar de los Sres. Luis Miguel y Rosa.

- Don. Santos era un trabajador de KOVILAR y dentro de su derecho a la libertad de trabajo y de empresa, cesó sus relaciones con la misma, pero no participó en la creación de PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA ni en las negociaciones de esta con las empresas subcontratadas.

- Por la actora no se acreditó la participación Don. Santos en actos de confusión, de **violación de secretos** (el listado de clientes no lo es) o de inducción a la infracción contractual.

TERCERO.- Convocadas las partes a la Audiencia Previa, en esta no se pudo llegar a un acuerdo; Se admitieron como pruebas, a la parte actora interrogatorio de parte, documental, testifical y pericial; a instancia de D. Luis Miguel y PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA S.L., interrogatorio de partes, documental y testifical; a instancia de D. Santos, interrogatorio de partes, documental y testifical.

Se fijó como fecha del juicio la del 23 de noviembre de dos mil diez.

CUARTO.- Por decreto de 19 de noviembre de 2010 se suspendió el curso de los autos por mutuo acuerdo de las partes.

QUINTO.- En diligencia de ordenación de 4 de abril de 2011 se reanudó el curso de los autos.

En el acto del juicio, celebrado al final el 19 de noviembre de 2011, se practicó la prueba prevista a la que no se renunció.

Se realizaron conclusiones escritas de mutuo acuerdo de las partes, tras lo cual, los autos quedaron conclusos para sentencia.

SEXTO.- Por Auto de 11 de enero de dos mil doce se acordó la suspensión de las actuaciones por prejudicialidad penal hasta que terminara la causa criminal que se instruía en el Juzgado de Instrucción nº 1 de S. Sebastian Dip. nº 3448/10.

SEPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 16-12-2014, habiéndose dictado sentencia firme en la causa penal, se ha reanudado el curso de la presente, estando los autos vistos para sentencia.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la actora acciones derivadas de la competencia desleal, en concreto, se pide la declaración de determinados actos como contrarios a la competencia y desleales, el cese de los mismos, la prohibición de su realización en el futuro y la indemnización de daños y perjuicios, además de la publicación de la sentencia..

Considera la actora que la conducta de los demandados reseñada en la demanda es constitutiva de actos de competencia desleal; en concreto, tales conductas serían subsumibles en los siguientes actos de competencia desleal: actos de confusión del art. 6 LCD , **violación de secretos** del art. 13 LCD e inducción a la infracción contractual del art. 14 LCD .

SEGUNDO.- Para abordar las cuestiones planteadas hemos de partir indicando que la LCD establece una serie de tipos de ilícitos concurrenciales, de interpretación estricta. En su Preámbulo advierte que " la redacción de los preceptos ... ha estado presidida por la permanente preocupación de evitar qué prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales. En este sentido, se ha tratado de hacer tipificaciones muy restrictivas, que en algunas ocasiones, más que dirigirse a inculpar una determinada práctica, tienden a liberalizarla o por lo menos a zanjar posibles dudas acerca de su deslealtad" Debe, pues, la parte que imputa tal infracción encuadrar la conducta en alguno de sus tipos y acreditar que concurren todos y cada uno de los requisitos que cada uno de los tipos exigen, de forma análoga a lo que ocurre en un procedimiento penal.

Desde esta perspectiva deben ser analizados los distintos tipos de conducta desleal imputados a la demandada.

Sentado lo anterior se va a analizar los distintos tipos o ilícitos concurrenciales objeto de la demanda:

TERCERO.- Actos de confusión en la clientela (art. 6 LCD).

En estos tipos, la deslealtad reside en el error que provoca o puede provocar en el consumidor la falsedad o inexactitud de las indicaciones sobre determinados aspectos de la prestación y trata de proteger al consumidor en el momento de adoptar su decisión en el mercado, en concreto, para que la misma sea libre y consciente, cual corresponde a quien ha de ser árbitro en un sistema transparente de libre competencia (SAP de Barcelona, de 4 de mayo de 2005).

Según la actora, estos actos de confusión consistirían en hacer pasar a PAVIMENTOS ZARRA como continuadora de KOVILAR e informar falsamente sobre la desaparición de ésta; según la actora, esta confusión se habría dado en obras ya concertadas o en realización por KOVILAR que habrían pasado a ser obras de PAVIMENTOS ZARRA por indicación de los sres Luis Miguel y Santos .

Al respecto, conviene reseñar como pruebas a favor de las alegaciones de la actora el documento nº 8 de la demanda, un fax remitido por la mercantil CONSTRUCCIONES AMENABAR a la actora, en el que se indica que D. Luis Miguel le ha comunicado que la empresa KOVILAR pasa a ser en el futuro PAVIMENTOS ZARRA.

También tenemos una resolución firme, una sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Tolosa en el marco del Juicio verbal nº 344/10, aportada en el acto del juicio, en la que se recoge que el condenado en dicha sentencia, Sr. Víctor , pagó al Sr. Luis Miguel el precio de una obra que había contratado con KOVILAR; este pago se hizo por el Sr. Víctor con el convencimiento de que pagaba a KOVILAR.

También obra en los autos el documento nº 23, en el que se recoge el acta de una reunión de seguridad de una obra de "aparcamiento subterráneo para residentes plaza San Francisco Javier en Eguía" de la empresa Guillermo Ibargoyen s.a. en la que estaba KOVILAR, aquí representada por D. Luis Miguel ; tal como se refleja con el documento nº 49 de la demanda, esta obra fue después pagada a PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA.

En el documento nº 186 de la demanda figura el suministro por parte del proveedor APAIN a KOVILAR de unos sacos de cemento; en el documento nº 10 de la contestación, queda certificado por ese cliente que el pedido se hizo para PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA y no para KOVILAR y que el error no sería achacable a la acción del Sr. Luis Miguel .

En los documentos nº 192 a 200 de la demanda se recogen comunicaciones de PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA a diversos clientes con la firma del Sr. Luis Miguel en los que se le informa de la creación de la nueva empresa "por problemas internos dentro de la empresa KOVILAR S.L." indicando que en dicha empresa "les seguiremos atendiendo con la misma ilusión de siempre".

Existen diversos documentos que acreditan dificultad en los clientes a la hora de saber a quien tienen que pagar, KOVILAR o PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA: docs. de la demanda 204 y 205, 210, 212, 227, 229, 232, 233 y 234.



De esta prueba documental se desprende que, una vez que el Sr. Luis Miguel constituye la sociedad denominada Pavimentos Tecnológicos Zarra, se dirigió a quienes eran clientes de Kovilar para trasladarles que la actividad de Kovilar iba a ser desarrollada desde ese momento por la nueva entidad por el creada; ello se deduce por la utilización de la expresión "le seguiremos atendiendo" en unión a la mención de que "siguen los mismos trabajadores, los que están desde hace muchos años"; esta forma de redactar la comunicación es apta para provocar confusión en el cliente, que a su vez, comprueba que obras en curso se siguen desarrollando con la intervención del Sr. Luis Miguel o Pedro Miguel y los gremios subcontratados por estos, lo que refuerza la convicción de que una empresa sustituye a la otra hasta el punto de pagar a la nueva empresa o tener problemas en dilucidar a quien debe de facturar; observemos que AMENABAR en el documento a que antes hemos hecho referencia indica que le han comunicado que "a partir de este momento KOVILAR pasa a ser PAVIMENTOS ZARRA S.L.", lo que da idea de una actividad previa claramente confusoria dirigida a dar a entender al cliente que una empresa sustituye a otra y que la primera desaparece.

Esta actuación confusoria también repercute en los gremios subcontratados, así lo refleja la testifical del Sr. Nemesio, que vino a indicar que en un momento dado, en el curso de una obra, pasaron a trabajar para PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA sin saberlo hasta mediados de octubre, que utilizaban furgonetas rotuladas con el nombre de KOVILAR y que los materiales, hasta mediados de octubre los retiraban de almacenes de dicha empresa; es decir, gremios subcontratados, en el curso de una obra, pasan a ser subcontratados por la demandada, sin saberlo, lo cual crea también una evidente confusión desde el momento en que identifican al Sr. Luis Miguel con ambas empresas.

En segundo lugar, debe también resaltarse que el Sr. Luis Miguel cobró como propios créditos que KOVILAR ostentaba frente a terceros, lo cual, se respalda, si quiera en parte, por la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de fecha 3 de febrero de 2014 - a la que se hace referencia en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº5 en la causa que motivó la suspensión por prejudicialidad penal - que condena al acusado como autor de un delito de apropiación indebida por hacer suya la cantidad que Víctor le entregó para saldar la deuda que mantenía con Kovilar, lo cual incide en la confusión que se generaba al cliente que creía estar pagando a la empresa con la que concertó la obra.

Entendemos, por tanto, que se han dado actos susceptibles de crear confusión en los operadores económicos que se relacionaban con las dos mercantiles implicadas y que los mismos son imputables tanto a PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA como al Sr. Luis Miguel, autor material de tales actos; no incluimos aquí al Sr. Pedro Miguel, que no consideramos participe en esos actos confusorios; el simple hecho de que pasare a prestar servicios para esta última empresa no le puede irrogar responsabilidad por los actos en cuestión.

CUARTO.- **Violación de secretos** del art. 13 LCD

Por lo que se refiere a la utilización de listados de clientes y sus datos, que la actora considera es un secreto empresarial a la que los demandados habrían tenido acceso por su relación previa con ella, hay que indicar que la Ley no prohíbe a un trabajador mejorar sus condiciones de trabajo acudiendo al mercado y a la competencia entre empresas, o a un socio fundar una nueva empresa, pues tienen ambos derecho a desarrollar su actividad fuera de la empresa para la que trabajaron anteriormente o de la que eran socios, sin que estén obligados a prescindir de la experiencia y conocimientos adquiridos, entre los que están el conocimiento de la clientela y las relaciones que haya podido entablar con ellos, de los que podrá hacer uso siempre que atienda a las pautas de la buena fe y se abstenga de realizar acciones constitutivas de competencia desleal.

El art. 13.1 de la LCD considera desleal "la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el art. 14."

Para fijar lo que haya de entenderse por "secretos industriales" o "empresariales" de los que hablan los arts. 13 y 14 de la Ley de Competencia Desleal hay que acudir, a falta de otra referencia normativa, al art. 39.2 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, Anexo 1-C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. En dicho acuerdo, ratificado por España y publicado oficialmente (por lo que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y tiene valor normativo conforme al art. 96 de la Constitución), el citado art. 39.2 del anexo 1-c ADPIC prevé:

"las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información:



- a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla".

Así pues, tres son los requisitos para que se considere que una información o unos determinados datos pueden ser considerados como "secretos industriales" o "empresariales": que sean secretos, valga la redundancia, es decir, que no sean de conocimiento generalizado o por parte de un número considerable de personas; que ese carácter secreto le dote de un valor comercial; y que haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta tomadas por la persona que legítimamente la controla.

Según señala la actora, el secreto empresarial en cuestión sería la cartera de clientes.

Sobre lo que debe de considerarse secreto empresarial y comercial, la jurisprudencia ha venido tratando como tales a los programas informáticos (SAP de Toledo de 4 de febrero de 2005), los conocimientos sobre la actividad directiva, representativa, decisoria y técnica (SAP de Toledo de 16 de septiembre de 2004), programas fuentes en atención al contrato (SAP de Zaragoza de 28 de julio de 2003), el Know-How o saber hacer (SAP de Madrid de 13 de febrero de 2002), patentes, modelos de utilidad, etc. (SAP de Cantabria de 26 de julio de 2000).

No lo son, por el contrario el listado de clientes (STS de 29 de octubre de 1999), los conocimientos, sin deber de reserva, adquiridos en la relación comercial con clientela de la otra empresa (SAP de Valencia de 23 de julio de 2001), los datos de una proveedora (SAP de Barcelona de 19 de octubre de 1999), o los de los proveedores en conjunto (SAP de Girona de 12 de julio de 2004).

En el caso presente, parece que el listado de clientes con arreglo a la jurisprudencia citada, no cabría catalogarlo como secreto empresarial y, además, volvamos a incidir en ello, los demandados no tienen porque obviar el conocimiento que han obtenido en sus relaciones con la actora de potenciales clientes y no contactar con ellos; los clientes no pertenecen a nadie; están en el mercado y son potenciales respecto de quien, siempre dentro de los cauces procedentes y legales, les de la mejor opción comercial.

Por ello, no se puede apreciar aquí acto de competencia desleal.

QUINTO.- Inducción a la infracción contractual del art. 14 LCD .

Por lo que respecta a la inducción a la ruptura contractual, se recoge en el art. 14 LCD en los siguientes términos:

"1. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

2. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas."

La regla es que no es ilícito buscar la destrucción de relaciones contractuales ajenas (es más, es consustancial al propio sistema de competencia y a la introducción de un nuevo agente en el mercado) de manera que esa destrucción de relaciones contractuales ajenas solo es desleal si: a) tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o b) vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

Se habla en la demanda de que los demandados contactaron con empleados de la actora, lo cual es inexacto, dado que en la propia demanda, folio 7, se explica que los supuestos empleados no eran tales, sino equipos de trabajadores, dependientes de otro empleador, que eran subcontratados por KOVILAR para la realización de las obras contratadas; esto además fue admitido por la Sra. Rosa , administradora de la demandante; por lo tanto, no se puede sostener que hubo una inducción a estos gremios para que abandonaran la empresa, puesto que no tenían relación laboral con ella; por lo que corresponde al Sr. Pedro Miguel , que era el único empleado de la empresa, no se puede sostener que fue inducido a romper su relación con ella y a la vez demandarlo y es evidente que la baja del mismo fue voluntaria.

Otra cuestión es enfocar la cuestión desde el punto de vista de la relación de subcontratación que tenían estos gremios con KOVILAR; lo primero que hay que advertir es que estas empresas gremiales tienen autonomía



negocial, no de dependencia con la actora, lo que hace que sean libres para contratar con quien les ofrezca mejores condiciones; por lo tanto, el hecho de que prefieran contratar con los demandados a con la actora no supone la ruptura de ningún vínculo contractual, ni la infracción de deberes consiguientes a ningún contrato, sino que es una consecuencia de la libertad de mercado. El hecho de que pudieran trabajar solo para KOVILAR no quiere decir que no pudieran hacerlo para otra empresa y dejar de relacionarse con la actora; por lo demás, tampoco puede apreciarse ninguna actuación inductora, sino información por parte del Sr. Luis Miguel de la situación de ruptura matrimonial y la creación de una nueva empresa; como se desprende de las testimoniales de los tres miembros de estos gremios, Sres. Nemesio , Constancio y Emiliano , si pasaron a prestar servicios a la empresa demandada fue voluntariamente y por el hecho de que era con el Sr. Luis Miguel con quien tenían relación.

Como se indica en la demanda, los hechos en los que se basa coinciden en el tiempo con la ruptura de la relación matrimonial del Sr. Luis Miguel , con Doña. Rosa ; también se indica y no se discute, que Doña. Rosa era socio, que no empleado de KOVILAR, si bien era quien llevaba todo el aspecto comercial de la misma, quien contrataba las obras y quien se relacionaba y contrataba a los gremios para ejecutarlas; a tal respecto, los representantes de las empresas subcontratadas, antes referidos, afirmaron que a quien conocían de KOVILAR era al Sr. Luis Miguel y que llevaban colaborando con él desde hace más de treinta años, es decir, desde antes de la creación de KOVILAR, bien sea como autónomo o a través de otras empresas, como OINA S.L.

De ello se desprende que, del mismo modo que, sin tener relación contractual, concertaba obras para KOVILAR, por ser la sociedad que tenía constituida con su esposa a modo de empresa familiar, desde el momento en que esa relación familiar se rompe, nada impide al Sr. Luis Miguel , concertar relaciones contractuales para sí mismo o para la empresa nueva proyectada o ya creada.

Por lo expuesto, siendo el Sr. Luis Miguel el que materialmente hacía las funciones de director comercial de KOVILAR, la actora debe de acreditar todas esas obras que en la demanda indica como concertadas en nombre de KOVILAR y facturadas por PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA; es decir en las que se concretaría la ruptura contractual tanto de la otra parte del contrato como de las empresas subcontratadas, que fueron efectivamente contratadas con KOVILAR y no por el Sr. Luis Miguel a su nombre o para la nueva empresa.

No hay base para afirmar, como hace la actora en la demanda (folio 8) que los clientes que pudiese buscar el Sr. Luis Miguel fuesen para KOVILAR, puesto que no teniendo ya relación afectiva con Doña. Rosa no es lógico pensar que, sin tener relación de dependencia con KOVILAR, buscare clientes para una empresa de la que no es sino socio minoritario, en lugar de buscarlos para sí mismo o para otra empresa propia o en la que tuviese un mayor interés.

Otra cuestión es que hubiese ya relaciones contractuales cerradas y en curso para KOVILAR y que las mismas, en su interin, por indicación del Sr. Luis Miguel a los gremios, y posterior pago a éstos tras pasarle mediciones, se facturaran por PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA y, al respecto, consta prueba en los autos de la que se puede desprender que eso ha pasado:

- Contrato con AMENABAR (doc. nº 9 de la demanda), que es cobrado por PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA (doc.44 demanda) en función de mediciones que le pasan los gremios (doc. nº 23 de la contestación).
- Contrato con ZULOAGA CONTRATAS Y OBRAS (docs. 201 y 29 de la demanda): la cantidad objeto de la obra consta que se depositó ante las reclamaciones de ambas empresas litigantes.
- Contrato con EKOLAN (docs 202 y 203 de la demanda), cobrado por PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA (doc. nº 37 de la demanda).
- Contrato con EGUZKI ERAIKUNTZAK, al que se refiere el documento nº 76 de la demanda (por ej. folio 406 y 407), que fue cobrado por PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA como se desprende del indicado documento.
- Contrato con Moises que se desprende del documento nº 45 y 46 (folio 290), cobrado por PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA.
- Contrato con GUILLERMO IBARGOYEN S.A. (doc. nº 50 y 204 de la demanda).

Aparte de ello existen sentencias (docs nº 68 y 91) y la aportada al inicio del Juicio contra D. Víctor , en las que se cobra por PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA obras contratadas por KOVILAR.

todos estos cobros se ha conseguido con la evidente ayuda de los gremios contratados que en el interin de las obras han pasado las mediciones a PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA, que es la mercantil que les ha abonado sus trabajos.

En todas estas operaciones, el Sr. Luis Miguel se ha valido, por un lado de la confusión creada en los gremios para los que la empresa estaba encarnada por el Sr. Luis Miguel , de modo que si por él se les



indica que se le pasen las mediciones a nombre de PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA en lugar de a KOVILAR, evidentemente no podrían ningún reparo si sus trabajos eran cobrados, dado que en el fondo seguían trabajando con el mismo contratista; aparte de ello, si dependían de las obras que contrataba personalmente el Sr. Luis Miguel, es evidente que estaban obligados, si querían seguir con su actividad, a facturar a la nueva mercantil creada por el mismo.

Por lo que respecta a los dueños de la obra, la ruptura contractual se hacía posible a través de los actos confusorios a que antes hemos hecho referencia.

Por lo tanto, damos por hecho que se daban estas inducciones a la ruptura contractual.

De todo lo anterior se desprende que las prácticas desleales apreciadas serían imputables al Sr. Luis Miguel y PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA S.L.; no así a D. Pedro Miguel; respecto del cual, su decisión de dejar una empresa para ir a otra es totalmente lícita y no se considera acreditado que haya intervenido ni en los actos confusorios ni en los de inducción a la infracción contractual en los que se concreta la estimación parcial de la demanda.

SEXTO.- Indemnización de daños y perjuicios.

Se reclaman 299.383,30 euros en base al informe pericial que se une a la demanda como documento nº 191.

En este informe, como en el mismo se explica, se cuantifican los daños y perjuicios sufridos por KOVILAR a consecuencia de las acciones desarrolladas por el Sr. Luis Miguel y PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA y parte de la obtención del daño emergente, la estimación del lucro cesante, su cuantificación y actualización a 31-12-2009; en suma, se basa en la disminución de ventas de KOVILAR desde la creación de PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA, que no considera normal de acuerdo con la evolución previa de KOVILAR y, en segundo lugar, en determinar que ciertas obras fueron cobradas indebidamente por PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA y determinar la pérdida por la disminución de clientes.

Lo primero que hemos de advertir, en línea con lo dicho antes, es que el mercado es libre y es lícito crear una empresa y que esta empresa contrate con antiguos clientes de otra o le quite cuota de mercado; ello, en sí no es desleal y, por tanto, no puede ser susceptible de indemnización por acto desleal; solo será indemnizable aquel perjuicio que esté enlazado con una pérdida de facturación que se se haya provocado por un acto desleal y, en este sentido, el informe no llega a distinguir de forma adecuada que disminución del volumen de negocio y que pérdida de facturación se deba a los actos que hemos considerados desleales o al simple hecho de que el cliente prefiera contratar con la nueva empresa del Sr. Luis Miguel en lugar de hacerlo con KOVILAR, por que a quien conoce y en quien confía es el Sr. Luis Miguel; del mismo modo, tampoco se puede considerar indemnizable el perjuicio derivado de que los gremios se vayan a trabajar por el Sr. Luis Miguel.

Otra cuestión son las obras indebidamente cobradas en las que se aprecia esa ruptura contractual desleal o el posible cliente que se haya perdido por acto confusorio.

Debemos de advertir también que el informe pericial no ha sido contradicho por otro similar y que se basa en la documentación contable de la actora y en las facturas de la misma.

En base a estos condicionantes, dado que ya hemos advertido antes la práctica de cobro por parte de PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA de obras contratadas por KOVILAR, ello ha ocasionado un perjuicio a ésta última que está cuantificado en el informe en la suma de 50.124,47 euros, IVA incluido; consideramos que para hallar el perjuicio debe eliminarse el IVA, por lo que quedaría en 43.219,37 euros.

Ya hemos indicado que en estas obras contratadas, las mediciones se pasaron a PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA lo que no excluye que consideremos también acreditado que parte del trabajo se hizo con base a material retirado por los gremios de KOVILAR y que se cuantifica en 5.191 euros en el informe.

Estas dos son las partidas que consideramos indemnizables; no así el lucro cesante derivado de la pérdida de negocio en el que no se discrimina el que es derivado de la libre competencia propia del mercado o de lo que consideramos como deslesal.

Por tanto, fijamos la indemnización en 48.410,37 euros.

SEPTIMO.- Publicación de la sentencia.

Establece el art. 32.2 de la LCD que "en las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.ª a 4.ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia..."

En el caso presente, se estima en parte la acción declarativa de deslealtad, por lo que se considera procedente la publicación del Fallo de la sentencia en el periódico de mayor difusión de la provincia, tal como se pide.



Por todo lo indicado, se estima parcialmente la demanda.

OCTAVO.- La estimación parcial de la demanda supone la no condena en costas respecto del Sr. Luis Miguel y PAVIMENTOS TECNOLÓGICOS ZARRA S.L.; mientras que la absolución de D. Pedro Miguel supone que respecto de él se condena en costas a la actora.

de conformidad con el art. 394 de la L.E.C .

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

FALLO

Se estima parcialmente la demanda de juicio ordinario formulada por el Procurador Sr. Calparsoro Bandrés, en nombre y representación de KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L contra D. Luis Miguel , D. Pedro Miguel y PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA S.L., disponiendo:

- Declarar que D. Luis Miguel y PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA S.L. han realizado actos desleales consistentes en:

a) Haber inducido a clientes y subcontratados de KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L. a infringir los deberes contractuales básicos que habían contraído con ésta.

b) Haber realizado actos de confusión y engaño sobre clientes.

c) Haberse apropiado de obras contratadas con KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L. habiendo facturado las mismas cuando ni siquiera PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA S.L. se había constituido en el momento de realización de dichas obras.

- Condenar a D. Luis Miguel y PAVIMENTOS TECNOLOGICOS ZARRA S.L. a estar y pasar por estas declaraciones y sus consecuencias jurídicas y solidariamente a:

Cesar definitivamente en los actos de competencia desleal señalados anteriormente.

Que se abstengan definitivamente de realizar actos análogos a los señalados anteriormente.

Que indemnicen solidariamente a KOVILAR APLICACIONES TECNICAS S.L. en la suma de 48.410,37. euros por los daños y perjuicios que le han ocasionado como consecuencia de los actos de competencia desleal señalados anteriormente.

- Ordenar que se publique a su costa el Fallo de esta sentencia en el periódico de mayor difusión de la provincia.

- Absolver a D. Pedro Miguel de los pedimentos formulados en su contra.

Todo ello con condena en costas para la parte actora respecto de las ocasionadas a D. Pedro Miguel y sin hacer pronunciamiento respecto de las restantes.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Secretario Judicial doy fe, en DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a 29 de enero de 2015.