



Roj: **SAP B 1568/2016 - ECLI: ES:APB:2016:1568**

Id Cendoj: **08019370152016100036**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **18/02/2016**

Nº de Recurso: **132/2015**

Nº de Resolución: **37/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

### SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 132/2015-3ª

Juicio Ordinario núm. 554/2013

Juzgado Mercantil núm. 7 Barcelona

**SENTENCIA núm. 37/16**

#### Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

En la ciudad de Barcelona, a dieciocho de febrero de dos mil dieciséis.

**VISTOS** en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 7 de esta localidad, por virtud de demanda de EMS Ship Supply, S.A. contra Provisur General Ship Chandler, S.L., Pablo y Sebastián , pendientes en esta instancia al haber apelado la actora la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 12 de noviembre de 2014.

Han comparecido en esta alzada la apelante EMS Ship Supply, S.A., representada por el procurador de los tribunales Sr. López y defendida por el letrado Sr. Maristany, así como, en calidad de apelada, Provisur General Ship Chandler, S.L. y Pablo , ambos representados por el procurador Sr. Manjarín y defendidos por el letrado Sr. Gili, y Sebastián , representado por la procuradora Sra. Flores y defendido por el letrado Sr. Muñoz.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: « *Desestimo la demanda formulada por D. Ignacio López Chocarro, en nombre y representación de EMS SHIP SUPPLY (SPAIN) SAU, y ABSUELVO a PROVISUR GENERAL SHIP CHANDLER S.L., D. Pablo y D. Sebastián de la totalidad de las pretensiones formuladas en su contra.*

*Se imponen a la parte demandante todas las costas procesales causadas a D. Sebastián . No se hace imposición de las costas procesales a la actora respecto de los otros demandados ».*

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación EMS Ship Supply, S.A. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 11 de febrero pasado.



Actúa como ponente el magistrado JUAN F. GARNICA MARTÍN.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### PRIMERO . Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia

1. EMS Ship Supply, S.A. ejercitó acciones de **competencia desleal** contra los codemandados Provisur General Ship Chandler, S.L., Pablo y Sebastián a quienes imputaba dos ilícitos concurrentes:

- a) Inducción a la infracción de deberes contractuales básicos, del art. 14.1 de la Ley de **Competencia Desleal** (LCD ), por haber inducido a empleados de la actora a dejar de hacer pedidos a proveedores e inducir a algunos proveedores en exclusiva a dejar de suministrar pedidos a la actora.
- b) La inducción a diversos trabajadores de la actora a la terminación regular de los contratos de trabajo y a pasar a prestar servicios para la demandada ( art. 14.2 LCD ).

Junto a la acción declarativa, fundada exclusivamente en los tipos referidos, también ejercitaba la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios que afirmaba que a través de las referidas conductas le habían causado los demandados y que cifraba en la cantidad de 3.763.000 euros.

2. Los demandados se opusieron a la demanda alegando, respecto a la conducta del art. 14.1 LCD , prescripción, por el transcurso con exceso del plazo de un año previsto en el art. 35 LCD . Y, en cuanto a las conductas que la demanda incardina en el art. 14.2 LCD , adujeron que, si bien era cierto que hasta 28 de los 258 empleados de la demandada pasaron a trabajar con la demandada Provisur, no era cierto que hubiera existido estrategia alguna dirigida a expulsar del mercado a la actora. Y afirma que la actora pasaba por una situación económica comprometida antes de que Provisur entrara en el mercado, consecuencia de lo cual fue el ERE que instó durante 2012 y que afectó a un número considerable de trabajadores. También alegó que los trabajadores que pasaron de la actora a la demandada no tenían una especial cualificación ni suponía una extraordinaria dificultad reemplazarlos.

3. La resolución recurrida desestimó íntegramente la demanda con las siguientes apreciaciones:

- a) Concurría la prescripción alegada por los demandados respecto de las conductas del art. 14.1 LCD .
- b) Y, respecto de las conductas del art. 14.2 LCD , que si bien está acreditado que existió inducción por parte del Sr. Pablo y de Provisur (no así de parte del Sr. Sebastián ) a la terminación regular de los contratos por parte de 28 de los trabajadores de la actora, no concurrían todos los elementos del tipo de ese ilícito concurrential porque no podía considerarse acreditado que existiera intención de eliminar a un competidor del mercado. Tampoco considera acreditado que los trabajadores fueran estratégicos desde el punto de vista del adecuado funcionamiento en el mercado de la actora o que tuvieran una especial cualificación.

4. El recurso de la actora se funda en las siguientes alegaciones, que solo transcribimos de forma muy sucinta o incluso haciendo referencia al título, sin perjuicio de que más adelante las expongamos más detalladamente:

- a) Infracción de los arts. 337 y 338 LEC , por haber sido admitida una pericial a las demandadas de forma tardía (se le dio traslado 4 días antes del juicio, en lugar de 5 días).
- b) Error en la valoración de la prueba.
- c) No es preciso que los actos desleales sean idóneos para eliminar a un competidor sino que basta con la intención de causarle graves daños estructurales obstaculizando gravemente la capacidad competitiva.
- d) La sentencia no ha valorado correctamente las falsas afirmaciones contenidas en la contestación y que se han puesto de manifiesto durante la sustanciación del pleito a consecuencia del desencuentro entre los Sres. Pablo y Sebastián .
- e) Error en la valoración de la prueba en relación con la cautividad del mercado y el carácter estratégico de los trabajadores captados.
- f) Error en la valoración de la prueba en relación con la capacidad de reacción de EMS ante las bajas causadas en su plantilla por los trabajadores que se pasaron a la competencia.
- g) Error en la valoración de la prueba en relación con la baja de trabajadores.
- h) Error en la valoración de la prueba en relación con la consideración de EMS como sujeto paciente de la **competencia desleal**.
- i) Error en la valoración de la prueba en relación con la ausencia de análisis de los daños y perjuicios a efectos de calibrar la gravedad de las conductas imputadas.



j) Por último, considera que no está justificada la imposición de las costas respecto del Sr. Sebastián .

## **SEGUNDO . Principales hechos que sirven de contexto a la controversia que enfrenta a las partes**

5. La resolución recurrida ha considerado acreditados los siguientes hechos que creemos que permiten contextualizar adecuadamente la controversia que enfrenta a las partes:

a) EMS (antes PROVIMAR) forma parte del grupo multinacional EMS dedicado al abastecimiento de buques con dos segmentos de mercado, uno dirigido a la actividad pesquera y otro dirigido al suministro de grandes buques, con 16 centros de trabajo en España en diferentes puertos con la oficina central en Barcelona.

b) D. Pablo prestó servicios para la actora desde 1980 y desde 1991 como director general en España hasta 24 de febrero de 2011 en que fue despedido. D. Sebastián prestó sus servicios en la delegación de la actora en Huelva hasta 4 de octubre de 2011.

c) El Sr. Sebastián constituyó PROVISUR en fecha 15 de julio de 2011, con el mismo objeto social que la demandante. En fecha 23 de febrero de 2012 PROVISUR amplió su capital social y pasó a ser titularidad como socio único de la sociedad MANEGA HOLDING de la que el Sr. Pablo es socio al 25%, siendo el Sr. Pablo miembro del Consejo de Administración de PROVISUR junto con el Sr. Sebastián . En la actualidad PROVISUR tiene más de doce delegaciones en diferentes puertos de España.

d) Desde diciembre de 2011 hasta febrero de 2013 abandonaron EMS y comenzaron a trabajar para PROVISUR los siguientes trabajadores: tres trabajadores en la delegación de Huelva en diciembre de 2011, 5 trabajadores en la delegación de La Coruña en abril de 2012, 5 trabajadores en la delegación de Pasajes en agosto de 2012, 7 trabajadores en la delegación de Vigo en diciembre de 2012, 4 trabajadores en la delegación de Gijón en enero de 2013 y tres trabajadores en la delegación de Santander en febrero de 2013 (según cuadro-resumen de la página 15 de la demanda).

e) En fecha 28 de junio de 2012 EMS inició un Expediente de Regulación de Empleo que inicialmente afectó a 82 trabajadores de un total de 248 trabajadores que tenía en la fecha de los hechos. El ERE afectaba inicialmente a 1 trabajador de Vigo, 9 trabajadores de La Coruña, 3 trabajadores de Santander, 4 trabajadores de Gijón y 11 trabajadores en Pasajes.

f) En la cuarta reunión del periodo de consultas celebrada en fecha 26 de julio de 2012, se redujo la cifra de trabajadores afectados hasta 33, de los cuales 1 trabajaba en la delegación de Vigo, 2 en Gijón y 5 en La Coruña.

## **TERCERO. Sobre la infracción procesal denunciada**

6. El primero de los motivos del recurso denuncia una irregularidad procesal presuntamente cometida por el juzgado mercantil al haber admitido una prueba pericial que debió haberse aportado a las actuaciones y dado traslado a la parte actora con cinco días de antelación al señalado para el juicio, lo que no ocurrió así porque, si bien se presentó por la parte demandada cinco días antes, no se dio traslado a la actora hasta cuatro días antes de juicio, esto es, ya fuera de plazo.

7. Provisur y el Sr. Pablo se opusieron a este motivo alegando que la vista estaba señalada el día 30 de octubre y presentaron el escrito con el informe pericial el día 23 de octubre, si bien el juzgado no lo proveyó hasta el día siguiente y no lo notificó hasta el día 28. No obstante, la parte no recurrió la diligencia del secretario, razón por la que la misma ha devenido firme y cualquier pretensión en sentido contrario es extemporánea. A ello añade que el informe pericial no se presentó fuera de plazo pues ha ignorado la parte que el juicio se había señalado para los días 30 y 31 y el primero de los días estaba reservado para los interrogatorios de parte y testificales, no siendo hasta el 31 hasta cuando se habían de practicar las periciales, razón por la que la parte dispuso de los 5 días que impone el art. 338.2 LEC .

## **Valoración del tribunal**

8. El art. 338.2 LEC dispone que « *(l)os dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por lo alegado y pretendido en la audiencia previa al juicio se aportarán por las partes, para su traslado a las contrarias, con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o de la vista, manifestando las partes al tribunal si consideran necesario que concurran a dicho juicio o vista los peritos autores de los dictámenes, con expresión de lo que se señala en el apartado 2 del artículo 337* » .

9. No creemos que exista infracción del plazo establecido en el art. 338.2 LEC cuando la propia recurrente admite que la adversa presentó el escrito con el que aportaba el dictamen con una antelación de cinco días. La literalidad de la norma no pone en relación ese plazo con la entrega a las partes contrarias sino con la aportación. Solo así se explica que la expresión "para su traslado a las contrarias" se encuentre entre dos comas, lo que es indicativo de que se trata de una frase intercalada dentro de otra. Por tanto, el precepto debe



ser leído en el siguiente sentido: «...los dictámenes ... se aportarán por las partes ... con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio...».

**10.** Solo así entendido podemos atribuirle el carácter de plazo preclusivo, ya que en otro caso, esto es, de entenderlo como propone el recurso, quedarían en la indeterminación el momento en el cual finaliza para la parte la posibilidad de realizar la aportación y ese momento solo podría ser determinado poniéndolo en relación con la práctica de actos de terceros, sea del servicio de traslado de copias o bien de actuaciones del juzgado. Esa indeterminación no es propia de un plazo preclusivo, con consecuencias legales tan trascendentes. Por eso creemos que a la parte no le puede ser exigido el cumplimiento de otro plazo que el que expresa con seguridad la propia norma, esto es, que hubiera presentado los informes con una antelación de 5 días al señalado antes del juicio.

**11.** En nuestra interpretación, lo que hace el legislador es establecer un plazo que permita que del informe se pueda dar traslado a las partes contrarias antes del día señalado para el juicio y con el tiempo suficiente para poder preparar adecuadamente su defensa en relación con ese medio, esto es, haber tenido ocasión de leerlo y preparar las cuestiones que trasladar al perito durante la vista. En suma, lo que estimamos es que aquí no está comprometida la preclusión sino, a lo sumo, el derecho de defensa (a no sufrir indefensión). Por ello creemos que una eventual quiebra de ese plazo no puede producir como consecuencia la inadmisión del medio sino exclusivamente que se hubiera de haber demorado la vista para dar satisfacción a los derechos de la parte; pero ello, insistimos, siempre que realmente las garantías de una adecuada defensa hubieran podido haber resultado comprometidas. Y no creemos que haya existido infracción alguna de esas garantías pues nada dice la parte sobre las concretas dificultades que le ha comportado haber dispuesto solo de 4 días antes de la vista, en lugar de los 5 que afirma que dispone la norma (según la interpretación que de ella hace la parte). Por tanto, debemos suponer que en realidad no ha sufrido lesión alguna en sus derechos de defensa, particularmente cuando, como alega la recurrida, en realidad dispuso de cinco días entre el momento en el que tuvo acceso al documento y el momento de la práctica de la prueba pericial, que se llevó a cabo en la segunda de las sesiones señaladas para el juicio.

#### **CUARTO. Sobre la inducción a trabajadores y proveedores a infringir deberes contractuales básicos**

**12.** El recurso combate las apreciaciones de la sentencia de primera instancia, que ha estimado prescrita esta acción. Estima la recurrente que no puede ser apreciada la prescripción porque los actos imputados son continuados e inescindibles de los constitutivos de las conductas del art. 14.2 LCD y todos ellos finalizaron con la baja de los trabajadores de la delegación en Gijón, hecho que se produjo el 11 de enero de 2013. A ello añade que los demandados no habían alegado la prescripción de las conductas incardinadas en el ilícito del art. 14.2 LCD, concretamente, de la conducta de inducción a los trabajadores a la terminación regular del contrato.

**13.** Los recurridos se opusieron a este motivo alegando que la prescripción que la resolución recurrida ha tomado en consideración ha sido exclusivamente en relación con una conducta concreta y bien determinada, los actos de inducción a los trabajadores de la delegación de A Coruña para que dejaran de hacer pedidos a los proveedores en régimen de exclusiva, con el fin de colapsar la actividad de la actora en el momento de su cese voluntario en la misma.

#### **Valoración del tribunal**

**14.** Los hechos que la demanda considera constitutivos del ilícito concurrencial de inducción a la infracción de deberes contractuales básicos del art. 14.1 LCD son haber inducido a los empleados de la actora de la delegación en A Coruña a:

- a) Dejar de hacer pedidos a proveedores con el único fin de causar una rotura de *stock* coincidiendo con la baja voluntaria en bloque de los trabajadores.
- b) Inducir a los proveedores en exclusiva Momoi y Water Dragon a dejar de suministrar pedidos a la actora.

**15.** Entre esos dos hechos es cierto que existe directa relación, a efectos de apreciar la prescripción, pero no así con otros ilícitos concurrenciales que la actora imputa a los demandados, concretamente con los actos de inducción a la terminación regular de los contratos por parte de los trabajadores, actos que, por lo demás, se incardinan en un ilícito distinto, el del art. 14.2 LCD.

**16.** Es la propia actora quien en su demanda fija en finales de marzo de 2012 el momento final en el que tales actos se habrían producido, pocos días antes del cese voluntario de los trabajadores de A Coruña. Así, afirma que el 26 de marzo de 2012 Momoi, uno de esos proveedores, le comunicó la resolución del contrato y que en lo sucesivo pasaba a suministrar a otra compañía. Por tanto, creemos que la resolución recurrida acierta cuando fija el inicio del cómputo del plazo prescriptivo de un año en el momento en el que se produjo el cese voluntario de la trabajadora a la que de forma esencial se imputan esas conductas, la Sra. Lourdes, hecho



que se produjo el 23 de marzo de 2012. Y, aunque no quepa descartar que también hubieran participado en ella otros trabajadores de esa misma delegación, todos ellos, según la demanda, cesaron por esas mismas fechas.

17. Por tanto, el hecho de que algunos trabajadores de la delegación de Gijón hubieran cesado más tarde (el 11 de enero de 2013) no consideramos que sea relevante a estos efectos porque la demanda se limitó a circunscribir los actos presuntamente desleales constitutivos de este ilícito a los llevados a cabo en la delegación de A Coruña.

#### **QUINTO. Sobre la inducción a la terminación regular de los contratos ( art. 14.2 LCD )**

18. Como punto de partida, el recurso afirma que la resolución recurrida ha partido de un presupuesto erróneo, ya que ha estimado que es un requisito necesario para el éxito de la acción fundada en la infracción del art. 14.2 LCD que hubiera existido la voluntad por parte de los demandados de eliminar a un competidor del mercado cuando en realidad basta con que hubiera existido la intención de causarle graves daños estructurales, obstaculizando gravemente su capacidad competitiva. Y afirma que así lo ha venido estableciendo la jurisprudencia con fundamento en la propia literalidad de la norma que no se limita a exigir la intención de eliminar a un competidor del mercado sino que también admite otras circunstancias análogas.

19. Provisur y el Sr. Pablo se oponen a esta alegación afirmando que no es cierto que la resolución recurrida haya puesto tan alto el listón de la intencionalidad como afirma el recurso sino que lo ha bajado al valorar en profundidad si Provisur quiso o no causar serios daños estructurales a EMS.

#### **Valoración del tribunal**

20. El art. 14.2 LCD considera como ilícito concurrencial « (l) a 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 » .

21. Como punto de partida es preciso recordar que la inducción a la terminación regular de los contratos es en sí misma lícita. Por consiguiente, nada hay reprochable en que un empresario pueda dirigirse a los empleados de un competidor instándoles a que pongan fin a sus contratos y pasen a prestar servicios para él. Para que la inducción pueda ser calificada como desleal es necesario que concurren las circunstancias que la Ley expresa, esto es, que la inducción *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*.

22. Esas circunstancias han sido clasificadas por la doctrina y jurisprudencia en dos grupos: (i) por la reprobabilidad de los medios empleados (engaño, maquinación, etc.); y (ii) por la reprobabilidad del fin perseguido, por ser contrario al correcto funcionamiento de la concurrencia de los competidores en el mercado.

23. Por tanto, tiene razón la recurrente cuando afirma que la intención que puede conducir a que una conducta sea reprochable con fundamento en esta norma no se limita a ser la intención de eliminar del mercado a un competidor; la propia norma se refiere a otras intenciones análogas, de manera que es suficiente que la finalidad de la inducción haya sido el expolio, la **obstaculización** o la agresión a la posición del tercero.

24. La jurisprudencia ha venido considerando que su interpretación debe ser restringida, esto es, exige una rigurosa valoración de la prueba de la intención de eliminar a un competidor, no concurriendo el requisito cuando la intención es hacer el mercado más abierto y competitivo (así, nuestra Sentencia de 26 de Julio de 2003 -AC 2003/1911 - . En el mismo sentido, STS de 26 de julio de 2004 -RJ 2004/6632-, en un supuesto en el que marcharon varios trabajadores de la empresa competidora y el cliente más importante, que representaba el 80 por ciento de su actividad).

El mero pase de parte o incluso toda la plantilla de una empresa a otra no reviste "per se" carácter desleal ( STS núm. 822/2011, de 16 de diciembre ), debiendo estarse en primer lugar a los principios constitucionales de libertad de trabajo, libertad de empresa ( arts. 35 1 º y 38 CE ) y "autonomía de la libertad" , que deben prevalecer sobre la Ley de **Competencia Desleal**. En el mismo sentido se pronuncia la STS núm. 97/2009, de 25 de febrero (RJ 2009, 1512).

25. Se ha discutido si este tipo exige un especial elemento subjetivo, esto es, que la finalidad de la inducción sea precisamente el expolio, la **obstaculización** o la agresión a la posición del tercero. Mientras para un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, no exige una especial intención en el inductor pero sí que los actos ejecutados se revelen objetivamente aptos para conseguir cualesquiera de esas finalidades, para otro sector es exigible un especial elemento subjetivo o intencional.





26. La jurisprudencia creemos que se ha decantado por esta segunda posición. Así, lo señala la STS de 15 de julio de 2013 (ROJ: STS 4498/2013), con cita de la de 23 de mayo de 2007, cuando afirma «... una cosa es que la contratación de trabajadores de un competidor pueda ocasionar a la postre su eliminación del mercado, y otra distinta que la principal finalidad o propósito perseguido al inducir a los trabajadores a que cesen en sus relaciones contractuales con el reseñado competidor sea su eliminación del mercado. Esto último, que es lo que se tipifica en el art. 14.2 LCD, ocurre cuando el inductor no está tanto interesado en el beneficio propio y directo que le genera la contratación de trabajadores que lo habían sido del competidor, como privar a éste de aquellos trabajadores para generar su ruina ...». También la STS núm. 279/2002, de 1 de abril, se había decantado por esa posición subjetivista.

27. La prueba de esas finalidades debe deducirse de forma indirecta o indiciaria a partir de datos tales como el proceder sistemático del agente, la cualificación de los trabajadores afectados por la acción, la dificultad para reemplazarlos, el carácter abusivo de la captación, la infracción de un pacto de no competencia o el empleo de listas secretas de clientes. Obviamente, no puede ser exigida una prueba directa.

28. En el supuesto que enjuiciamos, la demanda insiste en varios pasajes en que la voluntad de los demandados fue eliminar (temporal o definitivamente) a la actora del mercado o bien de algunos de los mercados concretos (puertos) en los que se hallaba implantada, concretamente en 6 puertos distintos. Por tanto, debemos considerar incluida en la finalidad referida tanto la voluntad de eliminar propiamente a un competidor del mercado como la de causarle graves daños estructurales que obstaculizaran gravemente su capacidad competitiva.

Debemos examinar, por tanto, si los actos que la actora imputa a los demandados Sr. Pablo y Provisur son objetivamente aptos para causar en la actora, su competidora en el mercado, graves daños que hubieran obstaculizado gravemente su capacidad competitiva. Pero no basta con ello, como ya hemos adelantado, sino que es preciso, además, que tales actos sean reveladores de una concreta intención: la de eliminar del mercado a un competidor o bien causarle esos daños estructurales que obstaculizaran su capacidad competitiva. Por tanto, no basta que los actos imputados pudieran ser objetivamente aptos para conseguir esa finalidad sino que es preciso que, además, puedan ser reveladores de una intención concreta en quien los ha ejecutado.

#### **SEXTO. Sobre el examen de los concretos indicios**

29. Los actos concretos a partir de los cuales la actora estima que concurre esa finalidad, son esencialmente los siguientes:

- a) El carácter masivo de la oferta a sus empleados.
- b) El carácter seleccionado de esos empleados, los más cualificados en cada una de esas seis delegaciones en las que se instaló la demandada Provisur.
- c) El hecho de haberse producido de forma simultánea o muy cercana en el tiempo la baja de los trabajadores de las distintas delegaciones.

Sobre el presunto carácter masivo de la oferta

30. La resolución recurrida considera acreditado que, de los más de 200 trabajadores que la actora tenía en sus 18 centros en toda España, los que pasaron a trabajar para la demandada fueron 28 (en un total de 6 centros de trabajo), de los cuales 3 eran los propios responsables de sendas delegaciones y otros 7 eran comerciales.

31. Sobre esos hechos no existe discusión en el recurso, salvo en un punto, pues afirma que el examen no debe hacerse de forma conjunta sino distinguiendo entre las distintas delegaciones o centros de trabajo afectados. En opinión de la recurrente, si el análisis se hubiera hecho distinguiendo entre los distintos centros de trabajo afectados por la captación, las conclusiones alcanzadas hubieran sido diversas por las siguientes razones:

- a) En las delegaciones de Gijón y de Santander Provisur captó a la totalidad de la plantilla, hasta el extremo de que la delegación de Santander tuvo que ser directamente cerrada y solo la de Gijón ha logrado ser reconstruida si bien con una caída de las ventas inmediata del 88 %, que pasó a ser del 72 % en el año siguiente.
- b) La delegación de Pasajes, en la que la salida de trabajadores fue parcial, la caída de las ventas que se produjo fue de un 87 % el año siguiente, de forma que solo quedó un comercial en la misma y el almacén se llegó a cerrar.
- c) En la delegación de A Coruña, la inducción a los trabajadores para pasar a trabajar para la demandada fue acompañada con otras inducciones (a una empleada y a dos proveedores) para desabastecer de productos la delegación y de romper los contratos de exclusiva con dos proveedores. Y la caída de ventas fue inicialmente de un 74 % y de un 55 % durante el año siguiente.



**32.** Por parte de los recurridos, Provisur y Sr. Pablo , se alegó que no había habido contratación en bloque porque de los 258 trabajadores con los que contaba la actora solo 28 (un 10,8 %) pasaron a trabajar para Provisur y a ello añade que no se contrataron en bloque sino de forma sucesiva: 4 en 2011, 17 en 2012 (12 de ellos en agosto cuando en junio se les había informado de un ERE que había de suponer el despido de 82 de los 247 trabajadores y cuando las delegaciones de Pasajes y Vigo estaban en la lista de las que iban a cerrar), y 13 fueron contratados en 2013. Y 21 de los 28 trabajadores estaban afectados por el ERE, ya que sus delegaciones se pensaban inicialmente cerrar por la actora (es el caso de Pasajes -11-, A Coruña -9-, Huelva -7-, Santander -3- y Gijón -4-).

#### *Valoración del tribunal*

**33.** El impacto que tuvo la captación de los trabajadores en algunas de las delegaciones de la actora fue muy importante; de eso no existe duda y tampoco lo niegan propiamente los demandados, que se limitan a negar que la causa de esa captación fuera la intención de eliminar al competidor de esos mercados locales o bien de obstaculizar su capacidad competitiva. Lo que alegan, entendemos, es que existieron motivaciones distintas, tales como sacar provecho propio de la situación de crisis de la empresa y de las dudas que tenía sobre si debía permanecer en algunos de esos mercados locales.

Así debemos entender las referencias que se hacen a que durante el año 2012 EMS había iniciado un ERE que inicialmente afectaba a 82 de los 248 trabajadores con los que contaba en ese momento y que implicaba el cierre de varios de sus centros de trabajo, precisamente, casi todos en los que se instaló Provisur.

**34.** Es cierto que finalmente el ERE se cerró con un acuerdo alcanzado a finales de julio de 2012 que supuso una importante reducción de los trabajadores afectados (de 82 a 33) y sin el cierre de los centros de trabajo inicialmente proyectados, pero no por ello el hecho pasa a ser irrelevante, ni desde la perspectiva de la voluntad de esos trabajadores de querer pasar a otra empresa que, aunque de nueva creación, podían pensar que garantizaba mejor la conservación de sus puestos de trabajo, ni tampoco desde la perspectiva de la empresa de la competencia, que hubiera hecho legítimamente planes para aprovechar la posible desaparición de esos mercados locales de un competidor muy significativo. Lo que revela este hecho, más que la voluntad de querer eliminar a un competidor o de obstaculizar su actividad, es la legítima voluntad de querer aprovechar una expectativa de negocio surgida como consecuencia de las dificultades por las que pasaba ese competidor, dificultades que le habían llevado incluso a plantearse abandonar esos mercados.

Y, en ese sentido, es fácil representarse la posibilidad de que el Sr. Pablo , que había sido hasta poco tiempo antes el máximo ejecutivo de la actora, pudiera estar al corriente de esas dificultades por las que pasaban algunas de sus delegaciones e incluso de los planes de desprenderse de ellas.

**35.** Estamos seguros que la decisión de EMS de plantearse abandonar esos mercados primó la defensa de su interés particular y no podemos cuestionar que fuera legítima esa intención. Y tampoco podemos cuestionar que la decisión final de no hacerlo también fue legítima, y también orientada por el mismo interés particular de la sociedad. Y lo mismo creemos que ocurrió respecto de la decisión de Provisur de entrar en esos mercados, que estuvo presidida más bien por la voluntad de aprovechar una oportunidad de negocio en los mismos que por la intención de eliminar del mercado a un competidor u obstaculizar gravemente su actividad.

No obstante, no tenemos demasiadas dudas de que la entrada en el mercado de un nuevo competidor pudiera constituir un grave inconveniente añadido. Y en mayor medida si lo hace llevándose consigo a una parte sustancial de su propia plantilla de trabajadores y a su clientela. Pero en ello no creemos que exista conducta desleal, al menos por esa sola circunstancia, sino mero ejercicio del principio de libertad de empresa.

**36.** Y no creemos que ni siquiera en los casos en los que Provisur consiguió captar a toda la plantilla de EMS y una parte importante de las ventas esa circunstancia sea suficiente para convencernos de la deslealtad del acto de concurrencia en el mercado. Más bien nos parece que se trata de actos realizados con la voluntad de aprovecharse de la situación de debilidad de un competidor y obtener de ella provecho propio, lo que es connatural a la legítima competencia en el mercado.

El carácter seleccionado o estratégico de los empleados captados

**37.** El segundo indicio del carácter desleal del acto de captación consiste en el carácter estratégico de los trabajadores de la actora captados por la demandada. Se justifica esta alegación haciendo referencia al carácter cautivo del mercado y al carácter estratégico de determinados trabajadores captados. Aunque el recurso se refiere de forma separada a estas dos cuestiones, creemos que entre sí se encuentran relacionadas, razón por la que estimamos que se deben examinar de forma conjunta.

**38.** El recurso se refiere al carácter "cautivo" del mercado para hacer referencia a la relación con la clientela de los trabajadores, o con determinados trabajadores, y al riesgo de que con la captación de éstos también



se produzca la migración de la clientela. Y afirma que debe considerarse expuesta en la demanda esa idea, al haberse relacionado captación de trabajadores con pérdida de clientela. También expone que la caída de la facturación fue muy acusada en todas las delegaciones, si bien lo fue especialmente en algunas, tales como A Coruña (74 %), Pasajes (66 %), Gijón (88 %) y Santander (100 %). Y también expone que lo relevante no es la categoría profesional del trabajador o su formación sino su relevancia desde la perspectiva de la capacidad de captación de la clientela sin necesidad de desarrollar un trabajo comercial previo, lo que es consecuencia de su carácter y experiencia.

**39.** Las recurridas se opusieron a este motivo alegando que nada se había dicho en la demanda sobre el carácter cautivo del mercado, hecho que fue introducido por primera vez durante el juicio. También negó que pueda estimarse acreditado que el mercado sea cautivo, esto es, que exista tal relación con los vendedores que su captación lleve consigo la de la clientela. Y, respecto del carácter estratégico de los trabajadores captados, afirma que son los actos propios de la actora los que desmienten esa afirmación, pues un número muy significativo de ellos (21 de los 28) estuvieron inicialmente afectados por el ERE.

#### *Valoración del tribunal*

**40.** Compartimos con la recurrente que el carácter estratégico de los trabajadores no tiene forzosamente por qué coincidir con su formación, esto es, con la titulación de la que dispongan o con la categoría profesional que ostenten. Y también coincidimos con ella en que ese carácter está íntimamente relacionado con la capacidad de captación de clientela (o de llevarla consigo) que tengan los trabajadores captados.

**41.** Tampoco creemos que pueda dudarse razonablemente de que la intención de Provisur fuera más allá de la simple captación de los trabajadores y que lo que pretendiera con ella también la captación de la clientela. Incluso, podemos admitir que en cierta forma pueda tratarse de una clientela cautiva, por más que esa alegación no fuera introducida en el proceso por la parte actora hasta un momento muy tardío (el juicio), lo que ha impedido una defensa efectiva a las demás partes. Ahora bien, incluso en ese caso, no podemos aceptar que el acto sea desleal por esta razón.

No podemos olvidar que lo que estamos analizando no es el carácter desleal de actos en sí mismos sino exclusivamente si son indicativos de la voluntad de la demandada Provisur de eliminar a un competidor del mercado o de causarle graves daños estructurales que obstaculizaran gravemente su capacidad competitiva. Creemos que la captación de esos empleados, por más que puedan ser, al menos en algunos de los casos, muy significativa desde la perspectiva de la captación de la clientela, no por ello constituye un indicio de la voluntad de la demandada de eliminar a un competidor o bien de obstaculizar gravemente su capacidad competitiva.

**42.** A ello debemos añadir que el hecho de que también se hubieran captado mozos de almacén, como se queja la recurrente que ocurrió, no prueba precisamente la voluntad de querer eliminar a un competidor, porque ni eran susceptibles de aportar clientela ni tampoco comportaba una gran dificultad sustituirlos, como la propia parte afirma. Ese dato, que el recurso destaca para realzar la deslealtad, creemos que juega precisamente en sentido contrario.

La captación simultánea o muy cercana en el tiempo

**43.** El tercer indicio al que se refiere la demanda, y en el que también insiste el recurso, consiste en la alegación de que la captación de los diferentes trabajadores se produjo de forma simultánea o muy próxima en el tiempo. El juzgado mercantil ha considerado que constituye un indicio de la ausencia de voluntad de eliminar a un competidor el hecho de que no se produjeran todas las bajas en unidad de acto sino espaciadas en el tiempo y en bloque por delegaciones.

**44.** El recurso no comparte esta valoración y alega que tal y como se produjeron las bajas el acto es aún más desleal o reprobable que si se hubieran producido en bloque. Y expone que los demandados fueron creando su red de delegaciones a medida que les interesaba y la actora fue víctima de ello durante casi dos años.

#### *Valoración del tribunal*

**45.** Tampoco en este punto podemos compartir la apreciación que hace el recurso. Aunque creemos que la práctica que siguió la demandada para con empleados de la actora pudiera ser más nociva o inquietante para la actora por el hecho de haberla prolongado en el tiempo durante un periodo de casi dos años, no es eso lo determinante sino exclusivamente si la misma indica una voluntad de eliminar del mercado a un competidor o bien simplemente atiende a satisfacer los intereses propios de quien quiere implantarse en el mercado. Nosotros creemos que es indicativa de esto segundo y que puede imputarse a los demandados por ello desconsideración, pero no un ilícito concurrencial.

Sobre la capacidad de la actora para sustituir a los empleados captados





46. El recurso combate las apreciaciones que hace la resolución recurrida respecto de la capacidad de la actora para sustituir a los trabajadores captados por la demandada. El juzgado consideró que el hecho de que la actora EMS pertenezca a un grupo internacional la dota de una amplia capacidad de reacción ante las bajas de los trabajadores y ello constituye un indicio de que los hechos no son objetivamente adecuados para eliminarla del mercado o de alguna de sus delegaciones.

47. Tiene razón la recurrente en que el hecho de pertenecer a un importante grupo internacional de empresas no la incapacita para ser sujeto pasivo del ilícito concurrencial en examen. Aunque tampoco creemos que sea esto lo que haya querido afirmar la resolución recurrida sino que se ha limitado a examinar cuál fue la consecuencia práctica de la baja simultánea de una pluralidad de trabajadores en cada una de las delegaciones afectadas, para concluir que no causaron a la actora un trastorno especialmente grave, al menos desde la perspectiva de su regular funcionamiento, es decir, de su capacidad para seguir atendiendo las operaciones en curso.

Por lo demás, poco podemos añadir en relación con este motivo concreto que no hayamos adelantado ya.

Sobre la gravedad de los daños

48. El recurso se queja de que la resolución recurrida no ha tomado en consideración ni valorado los daños y perjuicios causados a efectos de calibrar la gravedad de las conductas llevadas a cabo.

*Valoración del tribunal*

49. No creemos que la incidencia que las conductas imputadas haya podido tener constituya un dato relevante a efectos de valorar si podemos considerar acreditado que la intención perseguida por los actos de captación de los trabajadores que la actora imputa a la demandada fuera la de eliminar a un competidor del mercado o bien la de causarle graves daños estructurales que obstaculizaran gravemente su capacidad competitiva. Por ello estimamos que hizo bien la resolución recurrida en no examinar la entidad de esos daños, particularmente cuando ese examen tampoco estaba justificado desde la perspectiva del éxito de la acción declarativa.

Conclusión

50. En suma, no concurriendo ese elemento subjetivo de constante referencia en la conducta de los demandados, estimamos que no podemos considerar que concurren todos los elementos del tipo del art. 14.2 LCD, lo que determina que debemos desestimar el recurso.

#### **SÉPTIMO. Sobre las falsedades que se imputan a los demandados**

51. Aunque expuesto como uno de los primeros motivos del recurso, hemos dejado para casi el final el examen de este motivo porque consideramos que el mismo carece de relevancia para la suerte del recurso. Pese a ello creemos que hemos de dar respuesta a las cuestiones que a través del mismo se plantean.

Lo que afirma la recurrente es que durante la sustanciación del proceso se produjo un desencuentro entre uno de los demandados, el Sr. Sebastián, y los otros dos, el Sr. Pablo y Provisur, consecuencia del cual fue que el primero tomara defensa propia y desvelara algunos datos que habían quedado hasta entonces ocultos para la actora. Las nuevas revelaciones son que el Sr. Sebastián no era más que un mero testaferro del Sr. Pablo que era quien desde Luxemburgo y a través de su sociedad Manega Holding, SARL estaba preparando en la sombra sus actos de **competencia desleal**.

52. No creemos que los anteriores hechos tengan la menor trascendencia desde la perspectiva de los ilícitos concurrenciales en examen, razón por la que no haremos sobre ellos ninguna otra consideración.

OCTAVO. Sobre las costas del Sr. Sebastián

53. Se queja la recurrente de que se le hayan impuesto las costas del Sr. Sebastián en lugar de aplicar el mismo criterio que respecto de los demás codemandados, esto es, apreciar la concurrencia de dudas de derecho. Y particularmente considera injustificado ese criterio si se considera que el propio Sr. Sebastián ha terminado admitiendo haber mentido deliberadamente en la contestación a la demanda. Y añade que el Sr. Sebastián constituyó Provisur y ha seguido siendo consejero de la misma tras la entrada del Sr. Pablo, de forma que su legitimación pasiva tenía perfecto encaje en la figura del colaborador prevista en el art. 34.1 LCD. La actora no podía conocer al interponer la demanda hechos que solo se han desvelado más tarde, como consecuencia de las manifestaciones del Sr. Sebastián en el proceso. Por eso, alega, está justificado que también se aprecien en este caso dudas tanto de hecho como de derecho.

*Valoración del tribunal*

54. En este punto sí que creemos que tiene razón la recurrente. Las mismas razones que justifican que no se impongan las costas a los otros dos codemandados concurren respecto del Sr. Sebastián. Lo relevante



desde esta perspectiva no es lo que se conoce en el momento de la sentencia sino lo que conocía o pudo haber conocido la actora en el momento de formular la demanda. Es a aquel momento al que hay que referir las dudas de hecho o de derecho y, efectivamente, la actora no podía conocer los entresijos de la relación entre los codemandados, de manera que hubo de actuar confiando en lo que podía conocer, de acuerdo con lo cual el Sr. Sebastián había desarrollado un papel destacado tanto en la constitución de la sociedad demandada como en los posteriores actos que se imputan a esta, desde su posición de miembro del consejo de administración.

#### **NOVENO. Costas**

**55.** Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado en el recurso, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

**56.** A ello debemos añadir que las mismas dudas, que no son solo de derecho sino esencialmente de hecho, justifican que no se pueda seguir el criterio objetivo del vencimiento en el caso del recurso frente al Sr. Pablo y Provisur.

#### **FALLAMOS**

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por EMS Ship Supply, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona de fecha 12 de noviembre de 2014, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que modificamos únicamente en un punto, el relativo a la imposición de las costas causadas al codemandado Sr. Sebastián a la actora, condena que dejamos sin efecto apreciando dudas de hecho y de derecho para no imponerlas, manteniendo sus demás pronunciamientos.

No se hace imposición de las costas del recurso apreciando la concurrencia de dudas de hecho y de derecho y se ordena devolver a la recurrente el depósito constituido.

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

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

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

**PUBLICACIÓN.** La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.