



Roj: **SAP M 9029/2017 - ECLI: ES:APM:2017:9029**

Id Cendoj: **28079370282017100274**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **19/06/2017**

Nº de Recurso: **439/2015**

Nº de Resolución: **314/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2015/0184926

**Recurso de Apelación 439/2015**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de lo Mercantil nº 02 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 504/2012

**APELANTE:** PANORAMA INTERNATIONAL IBERIA SL

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

**APELADO:** D./Dña. Jeronimo , D./Dña. Eva María y ISCAR TRAVEL SERVICES SL

PROCURADOR D./Dña. CARLOS ALBERTO DE GRADO VIEJO

**S E N T E N C I A nº314/2017**

**ILMOS. SRS. MAGISTRADOS**

**D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA**

**D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)**

**D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS**

En Madrid, a diecinueve de junio de dos mil dieciséis.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ENRIQUE GARCÍA GARCÍA, Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ y Don FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 439/2015 interpuesto contra la Sentencia de fecha 17.11.2014 dictado en el proceso número 504/2012 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandante, siendo apelada la parte demandada, ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO** .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 04.09.2012 por la representación de PANORAMA INTERNACIONAL IBERIA S.L. contra D. Jeronimo , D<sup>a</sup> Eva María y la entidad ISCAR TRAVEL SERVICES S.L., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que *".....dicte en su día Sentencia por la que: 1.- Declare la deslealtad de los actos cometidos por los codemandados, objeto de la presente demanda. 2.- Condene a los codemandados a cesar de inmediato en los actos desleales y, de haber cesado, les prohíba volver a realizarlos en el futuro. 3.- Prohíba a Don Jeronimo publicar en la red social LinkedIn, y en cualesquiera otra en las que se hubiese publicitado el mismo o la codemandada ISCAR TRAVEL SERVICES, S.L., con referencia al Sr. Jeronimo , la información falsa que constó en la misma, acreditada mediante acta notarial, eliminando cualquier referencia a vinculaciones actuales a mi representada. 4.- Condene a todos los codemandados solidariamente a indemnizar a mi mandante por los daños y perjuicios ocasionados por los actos desleales objeto de la demanda, incluidos los de índole moral, en la cuantía que quede probada. 5.- Todo ello con expresa condena en costas a los codemandados"*.

**SEGUNDO** .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid dictó sentencia con fecha 17 de noviembre de 2014 cuyo fallo es del siguiente tenor: *"Que desestimo íntegramente la demanda, debo ABSOLVER Y ABSUELVO a Don Jeronimo , Doña Eva María , y a la mercantil ISCAR TRAVEL SERVICES, SL., de los pedimentos de la demanda. Todo ello sin imposición de costas a ninguna de las partes"*.

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. Señalándose para deliberación, votación y fallo el día 15 de junio de 2017.

**TERCERO** .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La mercantil PANORAMA INTERNACIONAL IBERIA S.L. (en adelante, PANORAMA), interpuso demanda contra Don Jeronimo , Doña Eva María y la entidad ISCAR TRAVEL SERVICES S.L. (en adelante, ISCAR) en ejercicio de diversas acciones fundadas en la Ley de **Competencia Desleal** en la versión correspondiente a la reforma operada por Ley 29/2009, de 30 de diciembre (declarativa, cesatoria/prohibitiva e indemnizatoria).

Los variados hechos que sirven de base a dichas pretensiones, hechos que iremos desgranando a lo largo de la presente resolución, traen causa del abandono de la sociedad demandante, a mediados de mayo de 2011, por parte de los directivos de la misma Srs. Jeronimo y Eva María y su pase a la sociedad ISCAR que ambos habían constituido un mes antes (el 12 de abril de 2011), imputándoseles en la demanda la comisión de actos de captación ilegítima de clientela de la actora, captación de empleados, plagio de herramientas informáticas etc. Conductas que la demandante subsumió tanto en la infracción de la cláusula general que proscribe los actos concurrenciales contrarios a la buena fe ( Art. 4 L.C.D .) como -en ocasiones de manera duplicada tanto con dicha cláusula general como entre sí- en los Arts. 6 (actos de confusión), 11 (actos de imitación), 13 (violación de **secretos**) y 14-2 (actos de inducción a la terminación regular de contratos).

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza PANORAMA a través del presente recurso de apelación.

**SEGUNDO** .- Argumentaron los apelados en su escrito de oposición al recurso que este incurría en causa de inadmisibilidad por haber sido interpuesto fuera del plazo de 20 días hábiles legalmente establecido. Para alcanzar dicha conclusión incluyen en el cómputo los días que mediaron entre la notificación de la sentencia a la parte demandante y la formulación por parte de esta de una solicitud de complemento, y ello en aplicación de la literalidad del Art. 215-5 de la L.E.C . Sabido es, sin embargo, que la redacción de dicho precepto legal difiere de la del Art. 267-9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que ordena practicar el cómputo del plazo completo desde el día en que se produce la notificación de la resolución que da respuesta a la petición de complemento.

Pues bien, el conflicto aparente entre ambas normas ha sido resuelto por el Pleno de la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo que en su auto de 4 de octubre de 2011 estableció lo siguiente:

*"La resolución del presente recurso de queja pasa por examinar la redacción del art. 215.5 LEC , introducido por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre y que sostiene que la petición de aclaración de una resolución judicial interrumpirá el plazo para recurrirla, continuando el cómputo desde el día siguiente a la notificación de la resolución que reconozca o niegue la aclaración solicitada, y la aparente contradicción existente con el art. 448.2 de la LEC y art. 267.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que determinan que dicha petición de aclaración,*



*rectificación, subsanación o complemento interrumpirá el plazo para interponer los recursos, y, en todo caso, comenzaran a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto o decreto que reconociera o negase la omisión del pronunciamiento y acordase o denegara remediarla. ..*

*Pues bien, en el presente caso la cuestión ha de resolverse a favor de entender que el plazo debe empezar a computar de nuevo desde la notificación del auto o decreto que acuerde o deniegue la aclaración o rectificación, de conformidad con la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional, recogida en la STC 90/2010, de 15 de noviembre, al tenerse en cuenta que las resoluciones aclarada y aclaratoria se integran formando una unidad lógico-jurídica que no puede ser impugnada sino en su conjunto a través de los recursos que pudieran interponerse contra la resolución aclarada, por lo que "se ha entendido tradicionalmente que en la determinación del día a quo para el cómputo del plazo de un recurso contra una resolución que ha sido objeto de aclaración se debe tomar necesariamente en consideración la fecha de la notificación aclaratoria", lo que se compadece con el tenor literal de los arts. 448.2 de la LEC y el art. 267.9 de la LOPJ, habiendo sido éste último objeto de reforma mediante Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, en la que se mantiene el criterio de iniciar el cómputo del plazo para el recurso desde la notificación del auto o decreto que acuerde o deniegue la aclaración, rectificación o complemento."*

Así pues, en aplicación de dicho criterio, el recurso ha de considerarse interpuesto dentro de plazo ya que se presentó, cual autoriza en Art. 135 L.E.C., en el día hábil siguiente al del vencimiento. Y, aun cuando es cierto que en el sello de entrada que luce en su primera página no fue cumplimentado el apartado referido a la hora de presentación, lo cierto es que la parte apelada no ha cuestionado en momento alguno que tal presentación se produjera antes de las 15 horas, lo que, por lo demás, no deja de constituir la hipótesis más verosímil teniendo en cuenta el horario de apertura al público de las oficinas judiciales.

**TERCERO** .- Habiéndose denegado a la demandante PANORAMA el complemento de la sentencia en su día solicitado, denuncia dicha entidad que la resolución apelada ha incurrido en incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre determinadas conductas (especialmente cancelaciones de contratos en su perjuicio y desvío de clientela) en las que se habían fundamentado buena parte de las imputaciones de ilicitud concurrencial vertidas en la demanda.

No compartimos este punto de vista. La sentencia apelada da respuesta a dichas imputaciones razonando que no considera probados "in genere" los distintos hechos o conductas sobre los que aquellas se cimentan. En tal sentido, se indica en la sentencia que, aunque se trata de hechos posibles, no son, sin embargo hechos probados, y ello, en lo referente al resultado de la prueba testifical y los interrogatorios de parte, por entender el juzgador que las declaraciones tuvieron carácter contradictorio, y, en lo referente a la prueba documental relativa al contenido de los ordenadores, por considerar que cuando interviene el Sr. Notario aquellos no se encontraban bloqueados "...y pudieron ser intervenidos por cualquiera".

Podrá, desde luego, discutirse si tal razonamiento satisface o no el nivel de exhaustividad en la motivación razonablemente exigible, pero no es el déficit en la motivación sino la incongruencia lo que la parte apelante ha denunciado. Y no puede apreciarse vicio de incongruencia cuando los planteamientos de la demanda han obtenido una concreta respuesta, suficiente o insuficientemente motivada, en la sentencia.

Al hilo de esta misma cuestión, pero al margen ya del problema de la congruencia, la apelante ha insistido en esta instancia en que la obtención de la prueba documental (aglutinada bajo el acta notarial que integra el Documento 10 de la demanda) consistente esencialmente en un voluminoso número de correos electrónicos que habrían sido hallados en los ordenadores puestos por la empresa a disposición de los codemandados Srs. Jeronimo y Eva María y de dos de los empleados -no demandados- que acompañaron a estos en su nueva iniciativa **empresarial** (Don Jose Manuel y Don Armando), es una prueba lícitamente obtenida. Pero se trata de un esfuerzo argumental superfluo porque en la audiencia previa el juez ya rechazó expresamente la impugnación que, por razón de ilicitud en su obtención, había formulado la parte demandada con base en la vulneración de derechos fundamentales. Y es precisamente porque se rechazó tal impugnación por lo que la sentencia entra a valorar dicha prueba aun cuando el resultado de tal valoración haya sido adverso para los intereses de la demandante. Si el órgano judicial hubiera considerado que esa batería probatoria se obtuvo, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales de los usuarios de dichas herramientas informáticas, la consecuencia de tal apreciación, por aplicación del Art. 11-1 de la L.O.P.J., hubiera sido su apartamiento del proceso, de tal suerte que hubiera quedado excluida toda posibilidad de entrar a ponderar, ni en sentido positivo ni en sentido negativo, el valor del medio probatorio afectado. Pero no es eso lo sucedido cuando, aunque de manera ciertamente escueta, el juzgado brinda a la parte las razones por las que entiende que el Documento 10 en cuestión carece de utilidad para acreditar los hechos que mediante él se propuso la parte actora demostrar.



Se trata de cuestiones absolutamente diferentes: el hecho de que se entienda que el medio probatorio ha sido obtenido "lícitamente" (sin vulneración de derechos fundamentales) no significa que se entienda también haya sido obtenido "eficazmente", o lo que es igual, que haya sido obtenido en una forma que permita alcanzar con garantías la conclusión de que el contenido del documento es genuino y fiable.

Pues bien, en torno a esta segunda cuestión, absolutamente ajena -se insiste- al tema de la licitud o ilicitud de la prueba, este tribunal comparte la conclusión alcanzada por el juzgador de primera instancia. En efecto, el único modo de garantizar la pureza en la cadena de custodia y la autenticidad del contenido de un ordenador puesto por la empresa al servicio de un empleado es, en principio y salvo que otra cosa nos dijera una prueba pericial informática nunca propuesta en este proceso, el que consiste en intervenirlo de modo fehaciente y depositarlo convenientemente cuando todavía se encuentra bajo el control de dicho empleado o, a lo sumo, en el momento mismo en que ese empleado abandona la empresa y abandona también, por tanto, el control sobre dicha herramienta. Sin embargo, la demandante PANORAMA no actuó de ese modo. Cuando los demandados y los referidos empleados abandonan la empresa, los ordenadores a ellos asignados quedaron más de medio mes en poder y a plena disposición de la propia PANORAMA, al menos hasta que el 30 de mayo la firma informática GLOBALSITE SISTEMAS Y REDES S.L. dice proceder a su sustitución; dice también dicha empresa que los ordenadores sustituidos fueron precintados pero no nos indica en qué pudiera haber consistido ese denominado "precinto" ni en poder de quién quedaron los ordenadores supuestamente precintados (Documento 11 de la demanda, folio 331). Desde luego, si los ordenadores llegaron a ser precintados en algún momento, debieron ser más tarde desprecintados cuando aún se encontraban en poder de PANORAMA, pues de otro modo no se explicaría el hecho de que, cuando el 6 de julio de 2011, casi dos meses después del abandono de la empresa por los demandados, se persona el Sr. Notario en el domicilio social de la demandante, los cuatro ordenadores que le fueron exhibidos como los primitivamente asignados a aquellos y a los otros dos empleados carecieran de precinto alguno (nada dijo al respecto el fedatario). Por lo demás, al Sr. Notario se le pidió exclusivamente que se limitase a contrastar la coincidencia entre los contenidos del ordenador que le fueron mostrados en pantalla con los soportes en papel de tales contenidos que PANORAMA había extraído, lo que evidencia que esta había tenido acceso al manejo y al contenido de tales ordenadores con carácter previo a la visita del fedatario, quien, como se ha dicho, en ningún momento describió el estado de aquellos como el de utensilios "precintados", ni dio cuenta de tarea alguna de "desprecinto" que hubiera sido menester realizar antes de ponerlos en funcionamiento.

En tales circunstancias, nada permite descartar la posibilidad de que el contenido de los ordenadores hubiera sido manipulado y alterado por la propia PANORAMA. No se trata, desde luego, de determinar si tal cosa ha sucedido o no: basta con que exista la mera posibilidad de que ello haya ocurrido así para que, automáticamente, se desvanezcan por entero las garantías de que el contenido de los ordenadores exhibidos al Sr. Notario sea un contenido genuino.

Todas estas objeciones fueron puestas de relieve por los demandados en el trámite de contestación a la demanda y, a pesar de ello, la parte actora no adoptó ninguna iniciativa tendente a la incorporación al proceso de alguna pericia informática capaz de poner de relieve que, pese a no haberse garantizado la cadena de custodia de los ordenadores, sus contenidos pudieran eventualmente ser considerados, desde el punto de vista técnico, como indelebles y auténticos.

Por lo demás, no es en modo alguno cierto que, como alega PANORAMA en su recurso, los demandados asumieran la autenticidad de los correos electrónicos en el acto de la audiencia previa. Tratándose, como se trata, de un acta notarial (Documento 10), lo que la letrada de los demandados indicó oralmente es que no cuestionaba la autenticidad del documento como tal, pero insistió en negar valor probatorio a los muy numerosos correos electrónicos que el documento en cuestión incorporaba, y ello sobre la misma argumentación, que volvió a desarrollar en el curso de dicho acto, fundada en las reservas que suscitaba el peculiar procedimiento seguido por PANORAMA para garantizar la pureza en la cadena de custodia de los ordenadores.

Insistir -como la apelante insiste- en que ella ya puso los ordenadores a disposición del tribunal en el acto de la audiencia previa por si éste deseaba proceder a su reconocimiento, no tiene el menor sentido: en parte porque, si a ella le interesaba la práctica de la prueba de reconocimiento, debió proponerla y no dejar al tribunal la decisión sobre la conveniencia de practicarla; y en parte también porque no vemos qué clase de utilidad podría reportar que el tribunal examinase, sin la menor ayuda pericial, unos ordenadores que estuvieron bajo el exclusivo control de PANORAMA durante un tiempo considerable y cuyos contenidos tuvo la posibilidad de manipular a discreción.

Hemos considerado conveniente efectuar estas reflexiones con carácter previo porque, en vista de que la realidad de la mayor parte de las conductas imputadas a los demandados pretende tener su soporte en los múltiples contenidos (básicamente correos electrónicos) del tan citado Documento 10 de la demanda, las





conclusiones que hemos alcanzado en relación con la muy mermada eficacia probatoria que cabe otorgar a dicho documento han de incidir en buena medida en la suerte del presente recurso, lo que no obsta, como es natural, a que pueda otorgarse ocasionalmente valor probatorio pleno a alguno de los correos en cuestión cuando su contenido haya sido reconocido por aquel a quien se atribuye o cuando su autenticidad haya sido puesta de relieve en el proceso por medio de otras pruebas.

**CUARTO** .- También conviene reparar en que, no difiriendo la documental acompañada a la demanda de la prueba del mismo carácter que se adjuntó en su día a la solicitud de medias cautelares previas, este tribunal abordó ya con cierto grado de extensión varios -bien es verdad que no todos- de los problemas finalmente suscitados en la demanda a la que ahora se da respuesta, y lo hizo en el auto de 14 de marzo de 2014 mediante el que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el auto del juzgado de origen que había desestimado las pretensiones cautelares en su día formuladas por PANORAMA. Nos ha parecido, por ello, útil transcribir a continuación las conclusiones ya alcanzadas en aquella temprana fase cautelar para, a renglón seguido, comprobar en qué medida tales conclusiones provisionales pueden ser mantenidas o, por el contrario, en qué medida la actividad probatoria ulteriormente desarrollada en el presente proceso justifica un cambio de punto de vista. Los temas que abordáramos en aquella resolución (además del de la eventual ilicitud de la prueba, donde alcanzamos una conclusión coincidente con la del juzgado) son los siguientes:

#### 1.- Publicidad en LINKEDIN del Sr. Jeronimo .-

Lo que dijimos al respecto en nuestro auto de 14 de marzo de 2014 fue lo siguiente:

*"...no existen en esta pieza cautelar elementos de juicio suficientes para poder atribuir a los demandados que hayan incurrido en la conducta de publicitarse deslealmente, de modo tal que pudieran estar propiciando que terceros pudieran establecer la existencia de vinculaciones entre las entidades PANORAMA INTERNATIONAL IBERIA SL, parte demandante, e ISCAR TRAVEL SERVICES SL, parte demandada, que es lo que preocupa a aquélla.*

*La solicitante de estas medidas ha hecho mucho hincapié en el hecho de que en el perfil del Sr. Jeronimo en la red "Linkedin" se incluía la mención de la permanencia de su relación laboral con la entidad PANORAMA INTERNATIONAL IBERIA SL. Podemos entender que ello haya incomodado a esta última, pero desde una contemplación objetiva de ese hecho no se sigue la procedencia de un reproche de **competencia desleal** como el que se pretende construir por la actora para tratar de justificar las medidas que pretende. La pretensión de rectificación que dice que va a emprender es de más que dudosa justificación (amén de innecesaria porque esa mención ya ha sido puntualizada por el afectado), si no se pierde de vista el recto entendimiento de la finalidad de la mención, además de resultar más que discutible su encaje como medida cautelar de urgente adopción.*

*La mención en un red social de contactos de carácter profesional (como lo es "Linkedin") de datos que forman parte del "curriculum vitae" de una persona, y es eso precisamente lo que está acreditado en autos, no parece, en un primer acercamiento al problema, una conducta que deba ser considerada como una herramienta idónea para la producción de resultados confusorios en el mercado ni tampoco para generar el aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Es cierto que la información introducida en un momento determinado puede quedar luego obsoleta por el mero hecho del transcurso del tiempo, en el sentido de que alguna referencia debiera ya efectuarse a tiempo pasado cuando se cesase en una empresa, pero el que ello pueda no hacerse de inmediato no entraña que deba considerarse que se transmuta automáticamente en ilícito lo que no es idóneo para generar confusión ni aprovechamiento indebido de la reputación ajena, sino al contrario, constituye el modo usual en el tráfico mercantil de hacer valer los méritos de cada profesional" .*

Pues bien, teniendo en cuenta que en relación con el contenido del anuncio en LINKEDIN nunca se suscitó controversia alguna de carácter fáctico y sí exclusivamente de índole valorativa, nada ha sucedido en el devenir del presente proceso que justifique una alteración de la valoración que ya efectuamos en la fase cautelar.

#### 2.- Actos de confusión, imitación y explotación de la reputación .-

Dijimos en la referida resolución lo siguiente:

*"Por la recurrente se hace hincapié en dos correos electrónicos que considera que darían pie a interpretar que habría mediado el empleo de mecanismos idóneos para crear confusión entre las actividades de PANORAMA INTERNATIONAL IBERIA SL y la de ISCAR TRAVEL SERVICES SL, lo que le llevaba a invocar la aplicabilidad, en opinión de la apelante, de los artículos 6 , 11 y 12 de la LCD .*

*Lo primero que debemos señalar es lo poco afortunado de incluir en el mismo bloque tipos concurrenciales tan distintos como los señalados, pues en unos casos lo que interesaría sería si se estuviese propiciando la confusión en materia de signos o en el modo de presentación externa de las prestaciones ( artículo 6 de la LCD ); en otros lo relevante sería la conducta parasitaria del esfuerzo material y económico de otro, pues lo prohibido son los actos de explotación de la posición ganada por un competidor con su esfuerzo para dotar de reputación,*



prestigio o buena fama a los productos o servicios con los que participa en el mercado ( artículo 12 de la LCD ); y en otros justamente lo relevante sería la coincidencia entre las propias prestaciones realizadas, sin que debiera perderse de vista que el principio general que rige en nuestro ordenamiento jurídico es, como regla general, la libertad en la imitación de las mismas ( artículo 11 de la LCD ), lo que es lícito, salvo en supuestos excepcionales. Esta falta de sistemática de la recurrente no ayuda a dotar de claridad a su discurso.

En cualquier caso, los soportes probatorios que se aportan para desvelar tanto la comisión de actos confusorios como de aprovechamiento de la reputación ajena ( pues los imitativos, por más que se cite el precepto legal, no parece que tengan cabida en esta polémica ) resultan insuficientes para poder alcanzar una conclusión en ese sentido.

El primero de ellos ( documento nº 15 de la solicitud de medidas ), es un correo en lengua extranjera entre D<sup>a</sup>. Eva María y el interlocutor de una empresa italiana, que motivó la queja de la contraparte por su falta de traducción a fin de poder defenderse del mismo, por lo que ni tan siquiera vamos a detenernos en él.

El segundo ( documento nº 16 de la referida solicitud ), contiene, paradójicamente, un mensaje de D. Armando , en el que este último señala con toda claridad que tanto él, como Jeronimo , Eva María y otras personas, habían abandonado su trabajo en PANORAMA y habían creado una nueva empresa. Luego podrá reprochársele cualquier otra cosa, pero no el que se estuviese empleando con ello un mecanismo idóneo para la creación de confusión entre prestaciones procedentes de distintos proveedores de servicios similares, pues con toda claridad se estaba remarcando la diferencia existente entre las empresas que estaban en disposición de prestar el servicio requerido".

La actividad probatoria desarrollada en el proceso ( en especial, la prueba de interrogatorio ) permite introducir alteraciones en relación con las conclusiones relativas al mensaje atribuido a la Sra. Eva María , por lo que reservamos su análisis para el siguiente ordinal. No así en relación al mensaje del Sr. Armando . Por lo demás, este último no fue convocado al acto del juicio y no existe en los autos ni una sola muestra de reconocimiento por parte de dicho señor o de los hoy demandados de la autenticidad de tal mensaje, por cuyo motivo planea sobre dicho documento la duda genérica sobre su carácter genuino a la que ya hemos hecho referencia en el Fundamento de Derecho precedente.

3.- Apropiación del listado de clientes por la Sra. Eva María .-

Al respecto razonábamos en el auto de 14 de marzo de 14 lo que sigue:

"La medida que consiste en la orden de que se cesase en el aprovechamiento indebido de los listados de clientes de la demandante ( primera parte de la enumerada con el 4 en el apartado previo de su escrito de apelación ) tampoco goza de un soporte adecuado.

Se pone el acento por la recurrente para defender la procedencia de la medida en el hecho de D<sup>a</sup>. Eva María se habría transferido a sí misma un sinfín de contactos obtenidos en PANORAMA INTERNATIONAL IBERIA SL, mediante un correo electrónico de despedida por ella remitido en el que se incluía además de la que había venido siendo su dirección de contacto en esta última empresa otra diferente de ella misma ( que actuaría así también como destinataria de las direcciones electrónicas contenidas en el mensaje ). Sin embargo, el examen de la cabecera del texto impreso del referido correo electrónico, fechado a 11 de mayo de 2001, revela que el mensaje de despedida de D<sup>a</sup>. Eva María incluía como copia oculta ( bajo las siglas "CCO" ) la dirección de prácticamente la totalidad de los destinatarios ( que lo serían aquellos que se relacionaban con PANORAMA INTERNATIONAL IBERIA SL e incluso la dirección alternativa de la propia remitente ), siendo sólo visible la de sus compañeros los señores Jeronimo , Armando y Jose Manuel . Luego al no poder accederse en destino al listado de las direcciones electrónicas que quedaban ocultas, no podría ese el mecanismo utilizado para derivarlas ni a ese otro buzón de correo que se menciona de la Sra. Eva María ni al de un tercero".

A la vista de la precedente valoración, la prueba del hecho imputado a la Sra. Eva María hubiera precisado de una adecuada pericia técnica que, desautorizando la opinión vertida "prima facie" por este tribunal, pusiese de relieve que, pese al autoenvío del mensaje bajo sistema de "copia oculta", la Sra. Eva María recibió efectivamente el listado de los clientes a quienes había remitido simultáneamente el mensaje, pero la parte actora no ha adoptado iniciativa alguna en el expresado sentido. Aun así, hubiera sido cuestionable la ilicitud de la conducta desde el punto de vista concurrencial, especialmente ante la dudosa utilidad que ese listado pueda representar para quien lleva muchos años trabajando en el sector y posee conocimiento propio y personal de los clientes, pero lo cierto es que, no justificada siquiera la realidad de la propia conducta susceptible de ser jurídicamente valorada, superfluo resultaría entrar a realizar esa clase de valoración.

4.- Plagio de un programa informático .-

Se dijo a este respecto lo siguiente:



"La medida de cese en el uso del programa informático que se dice que le fue plagiado a la demandante (último inciso de la enumerada con el 4 en el apartado previo de su escrito de apelación) también se enfrenta a obstáculos que no hacen viable que este tribunal pudiera decretarla.

Es cierto que el correo electrónico enviado el 2 de mayo de 2011 por el Sr. Desiderio parece apuntar a que medió una petición a una empresa informática para que se efectuara una integración entre el programa de gestión que utiliza PANORAMA INTERNATIONAL IBERIA SL y otros sistemas. Ahora bien, en ningún momento, pese a lo que se alega de contrario, el Sr. Jeronimo admitió en el acto de la vista, al ser interrogado al respecto, que el programa de gestión que utilizan en ISCAR TRAVEL SERVICES SL fuese una mera copia con funcionalidades añadidas, sino que lo que aquél mantuvo es que no tenía nada que ver uno (el "PANGRUPOS" de PANORAMA INTERNATIONAL IBERIA SL) con el otro (el programa "DOBLEMENTE" de ISCAR TRAVEL SERVICES SL). Es en la pregunta que a él se le plantea donde no se discierne adecuadamente, mas no en la respuesta proporcionada por aquél, que fue sumamente clara. Por otro lado, la entidad ISCAR TRAVEL SERVICES SL ha aportado documentación de que ha pagado a un proveedor de servicios por la implantación de un programa "Travelingroup", siendo cierto que en el correspondiente recibo se incluyen conceptos tales como mejoras y nuevas funcionalidades, pero puede ser discutido si ello lo fue precisamente sobre el previo soporte del programa de la actora.

En cualquier caso, lo que no vemos en absoluto claro es que pudiéramos estar ante un **secreto empresarial** que permitiera invocar, como se pretende, la comisión de un ilícito del artículo 13 de la LCD. Este precepto 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 espionaje o procedimiento análogo o mediante la inducción a la infracción contractual.

Ante la falta de definición legal de **secretos** industriales o **empresariales** podemos entender como tales el conjunto de informaciones o conocimientos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la producción o prestación de un servicio o bien para la organización y financiación de una empresa.

Siguiendo el artículo 39.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (**ADPIC**; BOE de 24 de enero de 1995), para que la información **empresarial** pueda considerarse **secreto** y sea susceptible de protección es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1) que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; 2) que tenga un valor comercial por ser secreta; y 3) que haya sido objeto de medidas razonables, atendidas las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla (también, en sentido análogo, artículo 1.7 del Reglamento CEE núm. 556/89, de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de Know-How).

El mero hecho de que la parte demandada hubiera podido inspirarse en el modelo del programa informático de gestión que utiliza la demandante para confeccionarse otro a su medida no puede ser considerado, de modo incondicional, que es como se nos presenta por la recurrente, como una vulneración de **secretos empresariales** en los términos que acabamos de explicar (entre otras razones porque no nos consta la existencia de medidas para controlar el acceso ni la utilización y disponibilidad de dicho programa). De existir alguna infracción lo sería, en su caso, en materia de propiedad intelectual, ejercitable por quien fuera el titular del derecho correspondiente, y como bien señala el juzgador a quo las acciones anunciadas no apuntan en esa línea".

Pues bien, nada ha sucedido en el desarrollo del proceso que nos autorice a apartarnos de esta línea argumental. El testimonio de Don Rafael permite considerar acreditado que, con ocasión de un viaje a Alicante, el Sr. Jeronimo le encargó a él mismo y a otros compañeros que visitaran a una empresa informática con vistas a implementar el programa informático con el que contaba PANORAMA. Esto lo admite también el propio Sr. Jeronimo pero afirma que dicha gestión tenía por objeto mejorar el programa de PANORAMA en provecho de la propia PANORAMA y no de la futura ISCAR como asegura el mencionado Sr. Rafael, sin que una discrepancia de tal naturaleza pueda considerarse despachada por la declaración de un solo testigo que, por lo demás, pertenece a la plantilla de PANORAMA. En todo caso, y esto es lo fundamental, para considerar acreditado el plagio no bastaría con demostrar que hubo actos preparatorios: hubiera sido necesaria una prueba que, mediante el contraste de ambos programas, pusiera de relieve sus similitudes y sus posibles diferencias, prueba que habría de tener forzosamente carácter pericial al precisar de la posesión de conocimientos técnicos que no se encuentran al alcance del tribunal. Y a este respecto no es ya que la actora no adoptase iniciativa alguna en el terreno probatorio: es que existe un verdadero déficit de naturaleza alegatoria desde el momento en que PANORAMA nunca ha explicado en que podrían consistir, desde su punto de vista, las coincidencias concurrentes entre ambos programas informáticos.



#### 5.- Inducción a trabajadores a la terminación regular de sus contratos .-

En torno a este punto razonábamos lo siguiente en la tan reiterada resolución:

*"A las consideraciones precedentes debemos añadir que, aunque sí ha quedado claro que hubo empleados de PANORAMA INTERNATIONAL IBERIA SL que se fueron yendo de ésta con destino a ISCAR TRAVEL SERVICES SL, la inducción a la infracción contractual no puede ser confundida con la mera oferta de trabajo en otra empresa, pues es lícita la captación de personal ofreciendo mejores condiciones laborales o expectativas de promoción profesional. Haría falta que se hubiera inducido al trabajador a infringir deberes contractuales básicos con su antiguo patrono, según el nº 1 del artículo 14 de la LCD (no lo es la dimisión en la relación laboral), o que hubieran concurrido determinadas circunstancias cualificativas si se tratase de inducción a la terminación regular de la relación contractual o del aprovechamiento posterior de la infracción contractual ajena (con lo que en dicho caso también ésta debería existir) para que pudiera imputarse la comisión de un ilícito del nº 2 del artículo 14 de la LCD (por lo que debiera poder apreciarse, desde una contemplación objetiva, que medió engaño, intención de eliminar al competidor u otra circunstancia análoga, como lo sería el causar, no una mera interferencia en la que venía siendo su dinámica habitual, sino una gravísima desorganización interna ante la que difícilmente pudiera reaccionarse por parte del afectado)".*

La apelante hace hincapié en que la captación de cuatro de los trabajadores de PANORAMA (Don Jose Manuel , Don Armando , Doña Jacinta y Don Cornelio ; no podemos computar a los codemandados ante la imposibilidad de que estos se hayan inducido a sí mismos) dentro de una plantilla total de 13 empleados supuso una medida tendente a eliminarla del mercado, con lo que sí concurriría uno de los elementos de cualificación que el Art. 14-2 L.C.D . exige para elevar la inducción a la terminación regular de un contrato, conducta en principio aséptica, a la categoría de ilícito concurrencial.

No compartimos este punto de vista. Señala a este respecto la S.T.S. de 15 de julio de 2013 , que cita, a su vez, la de 23 de mayo de 2007 , lo siguiente: *"...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..."* . En el caso examinado, podemos conceder que la marcha de esos cuatro empleados haya generado a PANORAMA contratiempos y disfunciones durante el periodo que haya precisado para procurar su suplencia por otros, pero no existe base alguna que nos permita concluir que la intención de los demandados fuera la de excluir a dicha entidad del mercado y no -como parece mucho más lógico- la de procurarse a sí mismos el mayor grado de eficiencia posible en el desarrollo de su nueva andadura **empresarial**.

#### 6.- Constitución de la sociedad ISCAR .-

A este respecto dijimos:

*"También hemos de señalar que es legítimo el crear una nueva empresa para hacer la competencia a aquella para la que se trabajaba con anterioridad e incluso arrebatar a ésta clientes al amparo de la libre competencia. Se trata de un derecho del trabajador con anclaje en el artículo 35.1 de la Constitución (derecho a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción a través del trabajo) y en el artículo 38 del mismo texto constitucional (libertad de empresa). Es más, resultaría perfectamente legítima la actuación del que estando al corriente del desenvolvimiento y la suerte de las relaciones jurídicas que entablaba su anterior empresario con terceros hubiese podido luego procurar el desvío de esos sujetos hacia el ámbito de actuación de la nueva empresa, lo que resultaría lícito e incluso entroncaría de forma intrínseca con las reglas del juego concurrencial. Lo que no lo sería es hacerlo empleando medios pertenecientes a la anterior, pues en tal caso podría apreciarse una infracción de la cláusula general que repudia el comportamiento en el mercado que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe ( artículo 4 de la LCD )".*

Como anteriormente hemos indicado, la sociedad ISCAR fue constituida mediante escritura notarial por los demandados Srs. Jeronimo y Eva María justamente un mes antes de su salida de PANORAMA. Las imputaciones de esta se orientan a poner de relieve que durante ese periodo de un mes y bajo la dirección de dichos demandados, ya se encontraba desarrollando su objeto social, extremo que, según la apelante, vendría a ponerse de relieve a través del extracto de la cuenta de ISCAR en el BANCO DE SANTANDER (Folios 2 y ss. del tomo II), documento que pondría de manifiesto que, a juzgar por los movimientos habidos durante esa mensualidad, dicha entidad estuvo desarrollando una actividad mercantil propia de su objeto social.

Pues bien, dejando por el momento al margen el apunte contable consistente en la recepción por parte de ISCAR de un transferencia de un cliente llamado Baldomero por importe de 3.500 € el día 5 de mayo de 2011,





cuestión que más adelante analizaremos, la realidad es que los movimientos bancarios habidos durante ese periodo mensual son todos ellos relativos a pagos necesarios para la puesta en marcha y próxima apertura de la nueva empresa pero no para el desarrollo propiamente dicho de su objeto social (gastos notariales, aportaciones de los socios, arrendamiento del local, acondicionamiento del local, gestión de dominio en internet, etc...). Aunque las testigos pertenecientes a la plantilla de PANORAMA, Sras. Cecilia y Coral, dijeron haber sido invitadas por la Sra. Eva María a visitar la sede de la nueva empresa pocos días antes de la salida de esta de PANORAMA y, aun cuando manifestaron que el local se encontraba dispuesto y acondicionado para funcionar, ambas reconocieron que no vieron allí empleados ni percibieron el desarrollo de actividad alguna. Como señaló este tribunal en su sentencia de 16 de abril de 2008, *"...la constitución de una nueva empresa, aunque venga a solaparse con el cese de las relaciones laborales en la anterior, no es una circunstancia que por sí sola resulte contraria a la buena fe objetiva exigible en el tráfico mercantil, por lo que no es determinante a efectos de la declaración de deslealtad, ya que no altera el objeto de protección legal. Es obvio que el que quiere cambiar de trabajo procurará, por evidentes razones de subsistencia, que medie el menor tiempo posible de inactividad, tratando de ejercer en el plazo más breve posible su profesión para obtener ingresos, ya sea por cuenta propia, a través de una sociedad, o por la de un tercero. Con lo que lo relevante no es, a estos efectos, que los citados demandados realizaran los aludidos preparativos, sino si desviaron medios (listados de clientes, programas informáticos, etc), recursos o clientes de la empresa anterior, todavía desde el interior de la que estaban a punto de abandonar, hacia la nueva. Y eso es lo que no ha quedado debidamente acreditado en este litigio, por más que la actora realice una vehemente proclama en contra de aquellos"*. Enseguida examinaremos si hubo o no puntualmente alguna desviación de medios durante ese periodo mensual, pero lo que descartamos es que durante el mismo la mercantil ISCAR hubiera estado funcionando de manera uniforme en el desempeño de su objeto social.

**QUINTO** .- Existen en la demanda determinadas imputaciones cuyo análisis fue explícita y conscientemente eludido en el auto de esta Sala de 14 de marzo de 2014 al tratarse de cuestiones que no resultaba necesario examinar en relación con lo que era objeto específico de dicha resolución, a saber, la justificación de la pretensión de naturaleza cautelar. Otras imputaciones fueron objeto de referencia solo tangencial.

Entre estas últimas se encuentran los dos mensajes de correo electrónico de Doña Eva María a Don Baldomero y de este a aquella fechados los días 9 y 10 de mayo (escasas fechas antes de la partida de la demandada). Aun cuando se trata de documentos sobre los que, en principio, planearían las mismas dudas que sobre los demás integrantes del acta notarial (Documento 10 de la demanda) al haberse obtenido de los ordenadores sin las debidas cautelas, y, aun cuando también es cierto que se trata de documentos escritos en italiano como se puso de relieve en nuestro referido auto de 14 de marzo de 2014, lo cierto es que, a diferencia de otros, estos correos fueron expresamente reconocidos en el acto del juicio por la Sra. Eva María, de nacionalidad italiana, como auténticos, y, además, pese al idioma en que se presentaron, dicha señora explicó su contenido en el propio acto del juicio a satisfacción de los concurrentes, contenido que ya había sido anticipado, bien que extemporáneamente, por una traducción aportada al proceso por la parte actora. El contenido de ambas misivas se relaciona, como dicha demandada explicó y reconoció, con la captación de este cliente, Sr. Baldomero, para ISACAR y no para PANORAMA pese a que el acto de captación se lleva a cabo por la Sra. Eva María cuando aún trabaja para PANORAMA y desde el ordenador del que era usuaria en esta empresa. La información se complementa con el contenido del extracto bancario que se ha incorporado al proceso, extracto del que resulta que ese cliente transfirió a ISCAR por los servicios prestados la sumas de 3.500 € el día 5 de mayo de 2011, de otros 3.500 € el 24 de mayo y de 4.244 € el 30 de mayo (11.244 € en total), todo ello con emisión por parte de ISCAR de la correspondiente factura de la que se tomó razón en su Libro Mayor (así se infiere tanto del extracto bancario como del informe pericial de Don Jacobo, folio 379 del tomo II).

Lo que explicó en su descargo la Sra. Eva María en el acto del juicio es que se trataba de un cliente que nunca lo había sido de PANORAMA (extremo este cuya veracidad corrobora el citado informe pericial) y que lo había tomado por razón de amistad y para cumplir con un compromiso personal. No dudamos de que ello fuera así pero no consideramos que constituya una excusa válida. Las relaciones sociales o de amistad son, entre otras muchas, una de las posibles fuentes de captación de clientes, por lo que si en el momento en que capta al Sr. Baldomero la Sra. Eva María aún se encontraba desempeñando sus funciones para PANORAMA y en calidad de directora comercial de dicha entidad, la captación de ese nuevo cliente debería haberse producido para PANORAMA y no para ISCAR. El no haberlo hecho así integra, precisamente, una de esas conductas que, de acuerdo con doctrina jurisprudencial cuya reiteración excusa de cita, integran un comportamiento ineficiente, contrario al principio de competencia por mérito y subsumible entre las conductas concurrenciales contrarias a la buena fe que proscribe el Art. 4 de la L.C.D.

La pérdida sufrida por PANORAMA a consecuencia de esta conducta se cifra por el perito Sr. Jacobo en 899,52 €, que es la resultante de aplicar al importe de la factura girada a este cliente el margen de beneficio



esperado (8%). Y, de acuerdo con el Art. 34-1 de la L.C.D., cabe atribuir la responsabilidad de dicho acto a los tres demandados de manera solidaria.

Más espinoso resulta el tema relativo a la ilícita cancelación de reservas hoteleras que PANORAMA tenía efectuadas desde el año 2009 ante la previsible afluencia de viajeros en agosto de 2011 con ocasión de la visita del Papa, cancelación que Don Jose Manuel habría llevado a cabo a principios de mayo de 2011, poco antes de abandonar la empresa, con la finalidad de que esas mismas reservas fueran aprovechadas por ISCAR. Enfrentado en prueba de interrogatorio al correo electrónico obrante al reverso del folio 307 del tomo I (folio AM3715132 del acta notarial), correo dirigido al Sr. Jeronimo (en el que se lee *"Ayer hablé con Silvio y me dijo que las ha vendido todas"*), el testigo Sr. Jose Manuel lo reconoció como propio si bien matizó a renglón seguido que no sabía a qué se podía estar refiriendo cuando envió dicho mensaje ya que, según refirió, se trataba de una frase muy común.

En el documento en cuestión, bajo ese mensaje figuran otros dos, uno remitido por el Sr. Jeronimo a Doña Berta, al parecer de una empresa hotelera, y otro de esta a aquél, mensajes cuyo contenido y alcance no resulta fácil de desentrañar a no ser para quien se encuentre familiarizado con la naturaleza y el argot característico de la clase de servicios de que se trata. Pues bien, invitado el testigo Sr. Jose Manuel a correlacionar su mensaje con esos otros dos mensajes situados en la parte inferior de aquél, aventuró con carácter puramente hipotético una confusa explicación con arreglo a la cual podría tratarse de que él estuviera "dando largas" a su propio jefe, sin que se entiendan fácilmente las razones -que el letrado de la actora no tuvo ya interés por conocer al dar abruptamente por concluido su interrogatorio- de ese modo de proceder ni de su utilidad. El problema es que esos dos mensajes no fueron sometidos al Sr. Jeronimo en prueba de interrogatorio ni este se pronunció, en consecuencia, sobre ellos, con lo que, de acuerdo con planteamientos precedentes, no podemos considerar acreditada su autenticidad. Y lo que se hace en el juicio es enfrentar al testigo a una pregunta en cuyo enunciado se da por supuesto que su mensaje es precisamente respuesta a esos otros dos mensajes que se le muestran, por lo que el testigo, que carece de base para cuestionar esa afirmación implícita en la pregunta, no hace otra cosa que aventurar una respuesta. Sucede, sin embargo, que las dudas que plantea la forma de obtención de los mensajes contenidos en el Documento 10 de la demanda no se proyectan solamente sobre el carácter genuino de cada uno de ellos sino también sobre la secuencia temporal con la que fueron exhibidos al Sr. Notario y, por lo tanto, sobre la correspondencia o correlación temporal -y también lógica- de unos con otros. Aunque no imposible, resulta ciertamente extraño que el mensaje del Sr. Jose Manuel en teórica respuesta a un mensaje del Sr. Jeronimo fuera simultáneo a este último (ambos aparecen temporalmente localizados en el mismo minuto: 9:37 del día 27/01/2011). Y las dudas que ello genera no pueden considerarse infundadas si se comprueba que, vgr., al reverso del folio 197 del tomo I (folio AM3715022 del acta notarial) le fue exhibido al Sr. Notario para advenir un folio conteniendo dos mensajes de correo de los cuales el que teóricamente constituye la respuesta se produce cuatro minutos antes del mensaje que teóricamente integraría la pregunta (13:13 y 16:17 horas respectivamente). Y es difícil no ver en esa anómala secuencia temporal un síntoma de manipulación, voluntaria o involuntaria, cuando la evacuación de la respuesta para una pregunta que es posterior en el tiempo constituye un fenómeno ontológicamente imposible.

Sea como fuere, en lo que sí fue claro y rotundo el Sr. Jose Manuel fue en que el cliente de las habitaciones reservadas no había pagado su precio y en que ese fue el motivo de que a principios de mayo de 2011 se decidiera la cancelación de las reservas en evitación de eventuales penalizaciones por parte de los hoteles. Podemos, desde luego, admitir que la versión de un testigo que forma parte de la plantilla de la codemandada ISCAR no sea suficiente para considerar despachada tal cuestión, pero lo cierto es que el pago por parte del cliente -circunstancia opuesta a la declarada por el testigo- sí podría haber sido acreditado con extrema facilidad por parte de PANORAMA, de donde se desprende que el hecho de que esta no haya mostrado la documentación acreditativa de ese virtual pago se convierte en evidencia de la veracidad del testigo en torno a este punto: la falta de pago del precio.

A partir de esta constatación, siempre podrá sostenerse, como lo hace la apelante, que, pese a esa falta de pago, la cancelación fue una medida prematura y en todo caso preordenada a la posterior usurpación de esas mismas reservas canceladas por parte de los Srs. Jeronimo y Eva María a través de su sociedad ISCAR y mediante su venta a la sociedad griega KIKLOS. Lo que sucede es que la demostración de este hecho ya solo podría sostenerse sobre el examen del extracto de movimientos de la cuenta de ISCAR en el BANCO DE SANTANDER. Pues bien, lo que se desprende de dicho documento, que consta de nada menos que de 318 páginas, es que, efectivamente, es que la firma KIKLOS realizó periódicamente transferencias de 12.500 € a ISCAR, siempre con posterioridad a la salida de los demandados de PANORAMA, pero lo que el Sr. Jeronimo declaró al respecto es que se trata de una circunstancia natural en vista de que KIKLOS, con cuyo propietario mantiene aquel una antigua amistad, ha continuado siendo cliente de ISCAR, y que mediante dichas transferencias se constituyen fondos a cuya cuenta se cargan los servicios prestados para dicho cliente.



También son sumamente frecuentes los movimientos que representan transferencias de ISCAR a diferentes empresas hoteleras, algunas de ellas coincidentes con los hoteles cuyas reservas fueron canceladas en PANORAMA. Pero, resultando obvio que el Sr. Jeronimo continuó trabajando con esos hoteles a través de ISCAR, conducta cuya licitud nadie ha cuestionado, no existe en el referido documento ninguna información que nos permita establecer una correlación entre alguna parte de los continuos y frecuentes pagos efectuados a esas empresas hoteleras con pagos que pudieran ser virtualmente correspondientes a las reservas de PANORAMA cuya ilícita desviación se denuncia por la apelante. Ciertamente, los archivos de esos hoteles podrían haber arrojado luz sobre este asunto, pero, denegada que le fue esa clase de prueba a la parte actora en la instancia precedente, no ha considerado oportuno reiterar su petición en esta segunda instancia al amparo del Art. 460 de la L.E.C .

En dicho trance, no se trata de determinar si los demandados han justificado o no desde el punto de vista probatorio su explicación de esos movimientos bancarios, sino que de lo que se trata es, mucho más modestamente, de constatar que ello pudo suceder efectivamente como ellos explican, es decir, que la hipótesis de que ello fue así es simplemente posible y no menos verosímil que la contraria. Y es que es esa simple posibilidad la que priva de consistencia a la deducción presuntiva que la apelante pretende extraer de tales datos. Ciertamente, esta Sala tiene establecido (sentencia de 30 de marzo de 2009 ) que para que la aplicación de una presunción judicial sea correcta no es necesario que la conclusión alcanzada por el juez sea la única posible, bastando con que se haya llegado a ella de un manera ajustada a las reglas de la lógica, todo ello con cita, entre otras, de la S.T.S. de 25 de mayo de 1996 en la que se señaló que : *".. La Sentencia de 23 de febrero de 1987 , haciendo alusión a la de 11 de junio de 1984 , señala que si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que relega el hecho-base en el hecho consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los "facta concludentia", que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho-base diversos hechos consecuencia.."* (en similar sentido, S.T.S. de 28-9-93 , citando, a su vez, las STS de 27-3-92 , 15-6-92 y 23-2-93 , y, más recientemente, la S.T.S. de 1 de abril de 2002 ). En definitiva, para estar correctamente efectuada, una presunción judicial no ha de encontrarse revestida del rigor propio de los denominados "facta concludentia" al no ser necesaria la univocidad de la deducción y al exigir solamente la sumisión a las reglas de la lógica de dicha operación intelectual aun cuando en el supuesto objeto de análisis los hechos-base admitan, por aplicación de esas mismas reglas, otras lecturas alternativas y diversas del hecho que se trata de presumir. Ahora bien, lo que sí parece imprescindible para la utilización del mecanismo presuntivo es que la vinculación lógica (el "enlace preciso y directo" de que habla el referido precepto) entre los "hechos-base" y el "hecho deducido" esté dotada, cuando menos, de mayor calidad, fuerza o intensidad argumental que esas demás vinculaciones alternativas. Sin embargo, en el presente litigio puede afirmarse que el poder o carga significativa de los datos contrastados (los movimientos bancarios de KIKLOS en favor de ISCAR y de ISCAR en favor de una multiplicidad de empresas hoteleras) es sumamente débil desde el momento en que permite sostener, con idéntico grado de fiabilidad, tanto la conclusión defendida por la apelante (que atribuye directamente a esos datos la verosimilitud de la conducta imputada: desviación ilícita de las reservas canceladas) como la tesis alternativa (que se trata de movimientos propios de la relación habitual entre ISCAR y su cliente KIKLOS o entre ISCAR y sus hoteles proveedores). No podemos, pues, considerar acreditada la realidad de esta imputación.

Es de hacer notar que otros indicios de tal conducta que fueron expuestos en la demanda se fundan en mensajes de correo electrónico incluidos en el acta notarial o Documento 10 de la demanda, especialmente los atribuidos al Sr. Armando , que ni han sido adverbados por sus presuntos autores en el acto del juicio ni se ha demostrado su autenticidad por medios distintos del mencionado acta notarial, por cuyo motivo, dando por reproducidos los razonamientos ya desarrollados anteriormente en relación con el valor probatorio atribuible a dicho documento, no podemos tener por ciertos los hechos ni las conversaciones que tales mensajes vendrían a documentar.

**SIXTO** .- Finalmente, se reprocha a los demandados haber captado clientela de PANORAMA con posterioridad a su salida de esta entidad. Sin desconocerse, porque así lo pone de relieve el informe pericial del Sr. Jacobo , que esa captación se encuentra documentada en facturación posterior a las fechas del mes de mayo de 2011 en que los codemandados abandonaron PANORAMA, el reproche se centra en que, en vista de su especial volumen, la captación de esos clientes debió encontrarse precedida de una actividad orientada a ello y desarrollada por los Srs. Jeronimo y Eva María cuando aún pertenecían a dicha entidad demandante.

Desde una perspectiva general, y en relación con el virtual desarrollo por parte de los demandados, una vez extinguida su relación laboral con la empresa, de la práctica conocida como "captación de clientela", debe señalarse que son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que, descartando la concurrencia en tales supuestos de ilícitos de violación de **secretos** o de inducción de los tipificados en los Arts. 13 y 14 de la Ley de **Competencia Desleal** , proceden a analizar la conducta a la luz de la cláusula general de la buena fe del



Art. 4 (antes Art. 5) de dicha ley . Y debe indicarse al respecto que, siendo abundantes las resoluciones que descartan la aplicabilidad de dicha norma, tampoco son infrecuentes aquellas que, partiendo de una base dogmática común a la invocada en las primeras, aprecian la existencia de esa clase de ilicitud. Ahora bien, si nos adentramos en el análisis de unas y otras, no advertiremos contradicción entre ellas: sencillamente, parten de presupuestos fácticos distintos a los que aplican aquella base dogmática idéntica, como se ha dicho, en todos los supuestos. Y es que, sobre el reconocimiento de la licitud de tal comportamiento, la casuística se diversifica en atención, entre otras variables, al volumen de clientes captados y al tiempo o, si se prefiere, al volumen en la unidad de tiempo. Pero ello no sobre la base de que un volumen alto de captación de clientes del antiguo empleador posterior a la salida la empresa constituya "per se" una conducta concurrencialmente ilícita, sino en atención a que ese elevado volumen, en la medida en que haya sido logrado en un tiempo ínfimo, constituye circunstancia capaz de denotar que la actividad captativa se estuvo desarrollando cuando el trabajador aún pertenecía a la empresa, conducta esta que sí se reputa concurrencialmente ilícita.

Así, la S.T.S. de 8 de octubre de 2007 apreció ilicitud sobre la base de que *"..Los hechos apreciados apuntan, sobre todo, al dato de que en pocos días después del cese como empleados de la empresa actora, los demandados consiguieron captar a 86 clientes de los 220 que tenía la empresa (casi el 40%) para una sociedad que habían constituido previamente con el mismo objeto que el que tenía la sociedad a la que servían, en una gestión cuyo desarrollo, en la generalidad de los casos, supone contactos previos, desarrollados cuando estaban en la misma empresa, pues de otro modo no parece posible conseguir tal éxito en quince días naturales, cuando, además, se han tenido que someter a la decisión de la Juntas de Propietarios de las Comunidades en Propiedad Horizontal .."*. Solo de este modo se explica que, con la misma base dogmática, la S.T.S. de 24 de noviembre de 2006 no apreciara ilicitud alguna al no concurrir una correlación volumen de captación/unidad de tiempo de esas características.

En el caso que nos ocupa el informe pericial del Sr. Jacobo pone de relieve que en los casi ocho meses que median desde la salida de PANORAMA de los Srs. Jeronimo y Eva María a principios de mayo de 2011 hasta el cierre de dicho ejercicio, la sociedad ISCAR por ellos constituida logró captar a cuatro clientes importantes de PANORAMA (KIKLOS, BAMBUR, CASPI y PARALLELA 45. De acuerdo con el cuadro sinóptico incorporado a la página 23 de dicho informe pericial (folio 375 del tomo II), de los algo más de 2.000.000 € que PANORAMA facturó a estas cuatro empresas en 2010, pasó en 2011 a facturarles algo más de 500.000 €, mientras que ISCAR les facturó en 2011 una cantidad cercana a 1.500.000 €, por lo que la suma de facturaciones de ambas sociedades en 2011 representaría una magnitud aproximada a la que anteriormente facturaba solamente PANORAMA. A esa facturación que ISCAR habría captado de esas cuatro empresas por importe de 1.500.000 € habría que sumar la cantidad aproximada de 600.000 € correspondiente a la proyección anual de la facturación que PANORAMA habría perdido como consecuencia de la captación por parte de ISCAR de otros cuatro clientes que también lo eran de PANORAMA y que continuaron siéndolo aunque con un volumen de pedidos inferior. En total, pues, aproximadamente 2.100.000 € captados por ISCAR de clientela de PANORAMA a lo largo de 2011. Ahora bien, si tenemos en cuenta que el volumen de facturación total de PANORAMA en el año 2010 ascendió a 12.083.366,97 € (cuenta de pérdidas y ganancias al folio 926), lo captado por ISCAR representaría aproximadamente un 17 % de su clientela.

Por lo tanto, no solo no estamos ante el porcentaje exorbitante del 40 % de la clientela apreciado por la S.T.S. de 8 de octubre de 2007 sino que, además, y esto es acaso lo fundamental, esa captación progresiva se produce a lo largo de 8 meses y no en el curso fulminante de 15 días, que fue lo detectado por dicha sentencia. Ciertamente, no son magnitudes idénticas el porcentaje del número de clientes que el porcentaje del volumen de facturación, pero, a falta de un listado de sus propios clientes que la demandante nunca ha llegado a facilitar al juzgado a pesar de la naturaleza de su imputación, no vemos de qué otro modo podría establecerse la correspondiente comparación.

Así las cosas, el perito Sr. Jacobo , invocando la máxima de la experiencia con arreglo a la cual las empresas de nueva creación suelen experimentar inicialmente un periodo de latencia durante el cual generan exiguos ingresos, valoró negativamente la posibilidad de que ese volumen de facturación pudiera haberse alcanzado en tan solo ocho meses si no fuera porque la actividad de captación de clientes viniera ya desarrollándose desde antes del mes de mayo de 2011. Consideramos, sin embargo, que dicho punto de vista no ha tenido suficientemente en cuenta ni la naturaleza de la actividad ni la personalidad de sus protagonistas: en cuanto a lo primero, porque se trata de empresas de servicios cuyo éxito se funda en la capacidad de lograr de los proveedores (hoteles, restaurantes, etc..) no solo precios atractivos sino también condiciones favorables (vgr., en lo relativo a las penalizaciones por cancelación de reservas), todo lo cual se encuentra supeditado al nivel de contactos y a la calidad de las relaciones que haya logrado establecer con esos proveedores la persona que vaya a desarrollar dicha actividad. A este respecto, no resulta controvertido el hecho de que el Sr. Jeronimo era un profesional con 30 años de trayectoria en el sector, habiendo desempeñado puestos de dirección, antes de integrarse en PANORAMA, en otras empresas del ramo ampliamente conocidas (EL CORTE INGLÉS VIAJES,





GRUPO MARSANS, VIVA TOURS DE IBERIA). En tales circunstancias, no nos parece inverosímil la hipótesis con arreglo a la cual una persona de tales características se encontraría capacitada para lograr en poco tiempo, en atención a sus propias capacidades y sin conculcar los principios de eficiencia y de competencia por mérito, un grado de facturación igual o cercano al que, bajo su propia dirección, venía logrando con anterioridad para PANORAMA.

Así pues, los precedentes planteamientos han de conducir a una estimación solamente parcial del recurso. Debe aclararse, a su vez, que esa estimación parcial conduce a la estimación también parcial de la demanda ya que, pese a que esta no fue cuantificada en su "petitum", de la lectura de la súplica se infiere con claridad que tanto la pretensión declarativa como la cesatoria e indemnizatoria se refirieron expresamente a la totalidad de las conductas descritas en el cuerpo de dicho escrito rector y no a una parte cualquiera de las mismas.

**SÉPTIMO** .- Estimándose parcialmente el recurso de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C ., y lo propio cabe indicar en relación con las originadas en la instancia precedente de conformidad con el Art. 394-2 de la misma ley .

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de PANORAMA INTERNACIONAL IBERIA S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- Revocamos en parte dicha resolución y, estimando parcialmente -como estimamos- la demanda interpuesta por PANORAMA INTERNACIONAL IBERIA S.L. contra Don Jeronimo , Doña Eva María y la entidad ISCAR TRAVEL SERVICES S.L., declaramos que incurrió en deslealtad la conducta de dichos demandados consistente en la captación de un cliente (Don Baldomero ) cuando los dos primeros pertenecían aún a la empresa demandante, prohibiéndoles la reiteración de tal conducta, y condenándoles solidariamente a indemnizar a la demandante en la cantidad de OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS CON CINCUENTA Y DOS CÉNTIMOS (899,52 €).

3.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.