



Roj: **SAP B 11317/2018** - ECLI: **ES:APB:2018:11317**

Id Cendoj: **08019370152018100744**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **15/11/2018**

Nº de Recurso: **907/2017**

Nº de Resolución: **761/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120168000934

Recurso de apelación 907/2017 -1

Materia: Juicio ordinario competencia desleal

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 123/2016

Parte recurrente/Solicitante: OZONETCARN, SCCL

Procurador/a: Ricard Simo Pascual

Abogado/a:

Parte recurrida: FRIGORÍFICS COSTA BRAVA, S.A.

Procurador/a: Paloma-Paula Garcia Martinez

Abogado/a:

SENTENCIA Nº 761/2018

Cuestiones.- Competencia desleal. Ampliación de pretensiones en la apelación. Introducción de alegaciones y documentos en segunda instancia. Explotación de la dependencia económica. Inducción a la infracción contractual.

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

MANUEL DÍAZ MUYOR

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a quince de noviembre de de dos mil dieciocho.

Parte apelante: Ozonetcarn, S.C.C.L.

Letrado: Jordi Piella Bové.

Procurador: Ricard Simó Pascual.



Parte apelada: Frigoríficos Costa Brava, S.A.

Letrado:

Procuradora: Paloma García Martínez.

Resolución recurrida: Sentencia.

Fecha: 19 de junio de 2017.

Parte demandante: Ozonetcarn, S.C.C.L.

Parte demandada: Frigoríficos Costas Brava, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: "Debo desestimar y desestimo la demanda que ha dado lugar la formación de estas actuaciones, sin condena en costas."

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito oponiéndose 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 17 de mayo de 2017.

Ponente: JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1.- Ozonetcarn, S.C.C.L. (Ozonetcarn) interpuso demanda de juicio declarativo contra Frigoríficos Costa Brava, S.A. (FCB o Frigoríficos) ejercitando, al amparo del artículo 32 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) la acción declarativa de competencia desleal y la acción de daños y perjuicios, reclamando la suma de 642.175'65 €, intereses y costas. En la demanda se denunciaba la infracción por la demandada de los artículos 16.3 a/, 14.1 y 4 de la LCD.

2.- Frigoríficos se opuso conforme a los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitando que se desestimara la demanda.

3.- Tras los trámites correspondientes, el Juzgado Mercantil 3 de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda.

3.1. Respecto de la infracción del artículo 16.3 a/ de la LCD (discriminación y dependencia económica), en la sentencia se indica:

"Si se ha producido incumplimiento por la demandada en la forma en que operó la denuncia que se describe en la demanda, será de especie exclusivamente contractual, por infracción del plazo de preaviso que las partes se dieron allí, pero no lesión en términos del ilícito concurrencial que el precepto que se invoca prevé, según su naturaleza y de acuerdo con lo razonado.

Habiendo sido declarada la actora en situación de concurso de acreedores, incumbe a la administración concursal, en defensa de la masa activa del concurso y ex art. 43 LC, determinar si se ha producido incumplimiento contractual de la demandada que pueda traducirse en la existencia de un saldo indemnizatorio favorable a la actora, lo que aquí no se enjuicia, más allá de que ya ha sido advertido como terreno dudoso el de la determinación de las concretas circunstancias en las que se produjo la extinción del contrato que ligaba a las partes."

3.2. Respecto de la infracción del artículo 14.1 de la LCD (inducción a la infracción contractual), en la sentencia recurrida se rechazan las pretensiones del actor, advirtiendo que la parte actora se refiere equívocamente a trabajadores de Ozonetcarn, cuando lo cierto es que se trata de socios de una cooperativa y no se pueden confundir los derechos y obligaciones de cooperativistas y trabajadores. En la sentencia, además, se indica que:

"el primer óbice no es el determinar si se produjo o no una inducción por parte de la demandada respecto de los socios cooperativistas de la actora, sino determinar qué concreto deber esencial propio de su estatuto y del marco de relaciones que definía su vinculación con la actora infringieron esos cooperativistas.



De eso no se ocupa la actora pero sí la demandada y con notable oportunidad. El deber que se dice infringido no puede ser otro que el de la falta de preaviso de los cooperativistas para el ejercicio de su derecho de separación o baja, en las condiciones que previeron los estatutos de la cooperativa (doc. 10 contestación, arts. 14 y ss.) y de acuerdo con el principio de libertad de separación propio de la legislación específica en la materia (Leyes 18/2002 y 12/2015). Entonces, el respeto del plazo de preaviso (dos meses) para operar la denuncia difícilmente pueda considerarse como obligación esencial del cooperativista, máxime cuando no consta oposición del Consejo Rector de la actora a las bajas solicitadas y todo en el contexto de abierto fracaso de la causa o fin económico que perseguían, mediante su cooperación profesional, los socios miembros de la actora ante la dudosa gestión de la entidad realizada por ese Consejo Rector, controlado por la familia Eugenio Isidora Justino (así en el interrogatorio de la propia Sra. Isidora y la ya aludida intervención de su hermano Sr. Justino).

3.- Y, a mayor abundamiento, no solo no consta esa inducción de la demandada a los trabajadores de la cooperativa, sino la consumación de una solución pactada por todos los implicados a esa abierta situación de fracaso económico, en los términos descritos en el fundamento anterior. Solo la testifical del Sr. Teofilo, antiguo cooperativista y reconocidamente vinculado a los Eugenio Isidora Justino según manifestó, se alinea en un sentido contrario, cuando refirió que en esos días se produjo una reunión con el gerente de Costa Brava en la que indicó a los cooperativistas que debían abandonar tal condición si deseaban conservar su ocupación, pero sin rastro en cualquier caso de las coacciones que se describen en la demanda.

En adición a lo anterior, ese último estado de cosas, que es el que se describe de forma más abultada en la demanda, antes evoca la comisión del ilícito previsto en el art. 14.2 LCD y no en su apartado primero. Y para la apreciación del ilícito no basta con la mera constatación de una situación de inducción a la terminación regular de la relación de que se trate (aquí la separación de la cooperativa), sino la presencia de un ánimo de obstaculización o expulsión de un competidor del mercado o el aprovechamiento de algunos de sus recursos, lo que definitivamente en el caso no puede apreciarse, cuando visiblemente la demandada se condujo en todo momento con el solo interés de preservar de forma más o menos incólume su propia actividad."

3.3. Finalmente, respecto de las imputaciones de deslealtad realizadas al amparo del artículo 4 de la LCD (referido al quebranto de la buena fe), en la sentencia se desestiman también las pretensiones de la acción declarativa por considerar que en la demanda los hechos imputados a la demandada se intentan encajar principalmente en los tipos concretos de deslealtad del artículo 16.3.a/ y 14.1, invocando el artículo 4 de modo subsidiario, partiendo de los mismos hechos y sin hacer referencia al posible carácter autónomo de esta infracción del principio de buena fe. Concretamente, se afirma en la sentencia que:

"No pueden enjuiciarse unos mismos hechos, sin matiz alguno que permita deslindar imputaciones, desde la perspectiva añadida del art. 4 LCD cuando ya ha sido desestimada la oportunidad de calificarlos como subsumibles en los ilícitos que se imputan previamente a la demandada."

SEGUNDO. - Principales hechos que sirven de contexto.

4.- La sentencia recurrida recoge el siguiente relato de hechos probados:

"1.- Ozonetcarn SCCL y Frigorífics Costa Brava S.A. suscribieron en fecha de 1/06/10 un contrato de arrendamiento de servicios, en el que respectivamente intervenían como arrendataria y arrendadora, que tenía por objeto la prestación de servicios de despiece y manipulación de carnes por los cooperativistas de la primera en las instalaciones de la segunda. El contrato, que fue parcialmente novado en 2013, contenía las siguientes estipulaciones relevantes:

"2.- DURADA DEL CONTRACTE:

L'execució de la prestació de serveis arrendada tindrà una durada d'un any, a comptar des de la signatura del mateix, prorrogant#se a voluntat de les parts, i de comú acord, per períodes successius de temps. No obstant, qualsevol de les parts podrà resoldre el present contracte unilateralment abans de la data pactada de venciment, comunicant a l'altre parte, almenys amb una antelació mínima de tres mesos a la finalització del mateix".

"5.- DEURES DE LA PART ARRENDATARIA I DE LA PART ARRENDADORA:

(...)

- Complir amb les obligacions fiscals i laborals que es derivin de l'empresa i l'activitat (...)"

"7.- EXTINCIÓ DEL CONTRACTE:

Les causes de resolució del contracte son les següents:



- *Incompliment per qualsevol de les parts de les obligacions establertes en el present contracte i/o en el seu defecte a la normativa d'aplicació.*

Aquest incompliment facultarà a l'altre parte per ressoldre el contracte, sense necessitat de preavís, essent suficient una notificació fefaent indicant la voluntat y causa de la resolució a la parte incomplidora (...)".

2.- *Ozonetcarn SCCL fue declarada en concurso de acreedores por este mismo juzgado mercantil en fecha de 15/4/16. La concursada está fuertemente vinculada al Sr. Eugenio y a su familia. Su insolvencia se originó a raíz de un acuerdo de derivación de responsabilidad adoptado por la AEAT, que apreció sucesión de empresa con la cooperativa Sereveis de la Carn, igualmente vinculada al núcleo familiar de los Eugenio Isidora Justino .*

3.- *En fecha de 5/10/15, Frigorífics Costa Brava S.A. recibió mandamiento de embargo de la AEAT de los saldos a favor de Ozonetcarn SCCL, por importe de 1.323.637'1 euros. El embargo tenía su origen en aquella derivación de responsabilidad de Serveis de la Carn Scoop. En esas fechas, recibió igualmente del Sr. Gumersindo, antiguo colaborador del Sr. Eugenio, un dossier en el que se hacía constar que uno y otro habían sido condenados por delito fiscal y otras irregularidades al frente de la gestión de Serveis de la Carn Scoop.*

4.- *En fecha de 13/10/15 la práctica totalidad de los socios cooperativistas de Ozonetcarn SCCP que prestaban servicios en las instalaciones de Frigorífics Costa Brava S.A. solicitaron su baja voluntaria. Posteriormente, en su mayor parte se incorporaron a la competidora Globalprest SCCL, manteniéndose la prestación de servicio a Frigorífics Costa Brava S.A. sin solución de continuidad.*

5.- *D. Justino, hijo del Sr. Eugenio y que en dicho momento era apoderado de Ozonetcarn SCCL, aconsejó en esos días a los socios cooperativistas a fin de que abandonaran la cooperativa y conservaran su actividad en Frigorífics Costa Brava S.A."*

TERCERO. - Motivos de apelación.

5.- Recurre en apelación Ozonetcarn, que alega los siguientes motivos:

5.1. Error en la valoración de la prueba. En el escrito de apelación Ozonetcarn hace referencia a una serie de circunstancias referidas a la declaración de dos testigos (el Sr. Eugenio y el Sr. Martin); estos testigos, vinculados empresarialmente a Ozonetcarn, en la vista de juicio indicaron que la entidad demandante estuvo conforme con la resolución del contrato que unía a la actora con la Frigoríficos y que se prestó a colaborar en la resolución del contrato.

Considera la parte recurrente que la declaración de esos testigos es falsa y que su incidencia en el procedimiento ha mediatizado el contenido de la sentencia. En apoyo de sus tesis, la parte recurrente aporta una serie de documentos (correos electrónicos) que, a su juicio, ponen de manifiesto que Ozonetcarn, el Sr. Eugenio y el Sr. Martin se opusieron en todo momento a la resolución del contrato y a las causas aducidas por Frigoríficos para resolverlo.

Acudiendo al cauce de la alegación de hechos nuevos o de nueva noticia, así como al complemento de prueba por esta circunstancia, la parte recurrente considera que la sentencia de instancia parte de unos supuestos fácticos equivocados, los referidos a la conformidad de la actora con la resolución y la cooperación en las gestiones para que la resolución del contrato fuera efectiva.

En definitiva, se solicita que, en segunda instancia, se valore nuevamente la prueba a la luz de los datos y circunstancias revelados, para concluir que no hubo conformidad con la resolución del contrato y que no concurría causa efectiva para resolver el contrato de referencia.

5.2. *Incongruencia extra e infra petita.* Este segundo motivo se vincula también a una incorrecta valoración de la prueba. Se indica en el recurso que la resolución del contrato quedaba justificada por incumplir Ozonetcarn sus obligaciones tributarias. Considera la parte apelante que esta afirmación (la del incumplimiento de las obligaciones tributarias) ni fue alegada por las partes, ni es cierta, ya que el embargo preventivo adoptado por la Agencia Tributaria (AEAT), no tuvo su origen en un incumplimiento de obligaciones fiscales por la actora, sino que fue una medida cautelar adoptada por la derivación de responsabilidad por incumplimientos fiscales imputados a otra cooperativa laboral. En definitiva, la actora no desatendió en ningún momento sus obligaciones con la AEAT.

La incongruencia *infra petita* tiene su sentido, a juicio de la recurrente, por cuanto en la demanda se ejercitaba como acción acumulada una acción contractual, al amparo del artículo 1124 del Código civil (CC) reclamando la responsabilidad contractual por no haber respetado FCB el plazo de preaviso de 3 meses recogido en el contrato. Esta acción no fue resuelta, solo se dio respuesta a las acciones derivadas de la LCD.

Ozonetcarn considera acreditado que FCB incumplió el plazo de preaviso para resolver pactado en el contrato y que, por tanto, debería estimarse la demanda en lo referido a la acción contractual de daños y perjuicios.



5.3. Como tercer motivo de apelación, se alega la incorrecta valoración de la prueba referida a la desestimación de la acción de competencia desleal por inducción a la resolución contractual (el tipo previsto en el artículo 14.1. de la LCD).

Pese a denunciar la incorrecta valoración de la prueba en este punto, lo cierto es que, en el desarrollo del motivo de apelación, el escrito hace referencia a una incorrecta interpretación del artículo 2 de la LCD, referido al ámbito objetivo de aplicación de la norma. Considera la parte recurrente que el argumento central de la sentencia de instancia respecto del alcance de la inducción a la resolución de los contratos de los cooperativistas parte de una interpretación restrictiva del artículo 2 de la LCD, interpretación que no es correcta, dado que tanto la inducción a resolver los contratos como sus efectos tuvieron incidencia directa en el mercado.

Ozonetcarn defiende en su escrito que cuando en la demanda se hace referencia a los socios cooperativistas de la actora como *trabajadores* no lo hace en los términos recogidos en el Estatuto de los Trabajadores, sino a los efectos de simplificar y facilitar el relato de hechos, que en todo momento la demanda considera a sus socios conforme al régimen legal previsto en la normativa de cooperativas. Considera que la sentencia realiza un juicio de valor incorrecto al imputar a la actora la contratación irregular de trabajadores.

En el recurso se indica que la fiscalización de las relaciones existentes entre Ozonetcarn y sus socios debe realizarse por las autoridades laborales, no por el juzgado mercantil, y que, en todo caso, la consideración de los socios cooperativistas como trabajadores no tiene incidencia alguna en la comprobación del tipo de deslealtad invocado, referido a la inducción a terceros a que resuelvan sus relaciones contractuales.

5.4. Error en la valoración de la prueba respecto de la resolución del contrato por los cooperativistas. En el recurso se indica que la sentencia de instancia se equivoca al considerar que no hubo infracción en la resolución existente entre los socios y la cooperativa, equivocándose el juzgado al considerar que el incumplimiento del plazo de preaviso para hacer efectivo el derecho de separación no era un elemento esencial.

Ozonetcarn considera acreditado que Frigoríficos indujo a cada uno de los 380 cooperativistas afectados a incumplir con los deberes previstos en la normativa de cooperativas; concretamente se invoca el artículo 41 de la Ley 12/2015, referido a las obligaciones de los socios cooperativistas, también el artículo 14 del estatuto de la demandante. En definitiva, ni se cumplió con el plazo de preaviso de dos meses para hacer efectivo el derecho de separación, ni los cooperativistas fueron leales con la sociedad al entrar a formar parte de otra cooperativa que era competencia directa de la actora.

El principio de libertad en el ejercicio del derecho de separación no debe amparar, a juicio de la recurrente, la desvinculación arbitraria y sin previsión alguna.

5.5. En estrecha conexión con el punto anterior, la parte recurrente considera que queda suficientemente probado que Frigoríficos indujo a los socios de Ozonetcarn a abandonar la cooperativa e integrarse en una competidora, también considera probado que con esta inducción y con la efectiva resolución de esa relación Frigoríficos obtuvo un beneficio.

En este apartado la recurrente hace referencia al concepto de inducción tanto desde su perspectiva semántica, como jurídica, citando una resolución de la Audiencia de Barcelona.

Se reiteran en este motivo las razones por las que Ozonetcarn considera que no debe valorarse la prueba de testigos de los Sres. Eugenio y Martín, testimonio que considera falso, y hace referencia a la declaración del Sr. Vicente, antiguo trabajador de la actora, declaración que pone de manifiesto la incidencia que tuvo la información facilitada por Frigoríficos a los cooperativistas para que éstos se separaran de la actora y entraran a formar parte de otra cooperativa para poder seguir trabajando con Frigoríficos.

Defiende Ozonetcarn que, pese a la diligencia de embargo, la actora estaba en disposición de cumplir puntualmente con las obligaciones asumidas con Frigoríficos, que esa voluntad y disposición al normal cumplimiento de sus obligaciones se puso de manifiesto cuando el 14 de octubre de 2015 pagó los salarios de todos los cooperativistas. Que la precipitada resolución del contrato por Frigoríficos sólo es comprensible si se considera que la demandada actuó de mala fe y en abuso de derecho.

También se advierte que la actuación de Frigoríficos determinó la expulsión de Ozonetcarn del mercado, pasando a disponer la demandada del control directo sobre los cooperativistas ya que se integraron en una cooperativa directamente ligada a la demandada. En este punto se hace referencia a una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (de 21 de diciembre de 2012) en la que se hace mención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.



5.6. En el suplico del recurso de apelación se reiteran las pretensiones referidas no sólo a la declaración de actos de competencia desleal, sino también a la indebida resolución del contrato.

6.- Frigoríficos se opuso al recurso por las razones siguientes:

6.1. En primer lugar, Frigoríficos considera que el escrito de apelación de Ozonetcarn introduce pretensiones que quedaron excluidas del pleito en primera instancia o que se introducen de nuevo en la segunda instancia. En concreto, se refiere a la acción por resolución del contrato, que fue excluida en la audiencia previa. La demandada considera que la acción principal ejercitada en la demanda era de reclamación de una indemnización de daños y perjuicios, mientras que en la segunda instancia se introducen pretensiones de carácter declarativo referidas a la indebida resolución unilateral del contrato por la demandada y la acción declarativa de deslealtad.

6.2. En segundo lugar, Frigoríficos entiende que no deben admitirse los documentos incorporados por la actora en su escrito de apelación. Ni se trata de documentos posteriores, ni está justificada su aportación en la segunda instancia, además, los documentos en cuestión se introducen de modo indirecto ya que se incorporan escaneados al recurso de apelación, integrados en las alegaciones de la parte. Se denuncia infringido el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 460 del mismo texto legal.

6.3. La alegación de incongruencia de la sentencia, referida en el recurso, no cabe por cuanto la sentencia fue desestimatoria. Invoca la parte distintas sentencias del Tribunal Supremo que abundan en esta tesis (STS de 11 de septiembre de 2014, 6 de julio de 2015 y 1 de julio de 2016).

6.4. Entrando ya en el fondo del asunto, la parte oponente considera que la sentencia de instancia no incurre en error en la valoración de las pruebas practicadas y, concretamente, las declaraciones del Sr. Eugenio y el Sr. Martín . Se defiende en el escrito que la argumentación del juzgado en su sentencia es lógica y coherente, no debe ser revisada en segunda instancia.

6.5. Defiende la parte oponente que no puede ser objeto de la segunda instancia una hipotética infracción legal por parte de los cooperativistas, ya que éstos no son parte del procedimiento.

Respecto de la actuación de la demandada, no se ha probado que la demandada indujera a los cooperativistas a infringir norma alguna, ni a resolver las relaciones que tuvieran con la cooperativa. En el escrito se reitera que lo único que hizo Frigoríficos es transmitir a los cooperativistas la existencia de un embargo preventivo por parte de la Agencia Tributaria, información que el consejo rector de la actora ocultaba a sus socios.

CUARTO.- Sobre el objeto de la demanda y las pretensiones de las partes.

7.- En el escrito de demanda (hecho cuarto) se hace referencia expresa a la resolución unilateral del contrato de arrendamiento de servicios sin preaviso y sin justa causa. En el fundamento I de esa misma demanda se hace referencia a las acciones ejercitadas, indicando que ejercita una acción de resarcimiento de daños y perjuicios amparada en el artículo 32.1.5º de la LCD, en relación con los artículos 14.1 y 16.3 a/ del mismo texto legal. También se hace referencia a la acción del artículo 1124 del Código civil (CC). En el suplico de la demanda se recoge la pretensión económica.

Al celebrarse la audiencia previa la parte actora hace referencia a las dos acciones acumuladas: competencia desleal e indemnización de daños y perjuicios por indebida resolución del contrato. En esa audiencia previa el juez considera que en la demanda sólo se han ejercitado acciones de competencia desleal y la representación de Ozonetcarn reconoce que es así, que sólo ejercitan acciones de competencia desleal.

7.1. La parte actora, en el recurso de apelación, trae de nuevo a las actuaciones la acción contractual de incumplimiento, planteada al amparo del artículo 1124 del CC, la parte apelada advierte esta circunstancia y denuncia una serie de cuestiones de carácter procesal que, a su juicio, determinan una modificación sustancial de lo pretendido en la demanda (*mutatio libelli*).

Decisión del Tribunal.

8.- Si bien es cierto que en el escrito de demanda se indicaba el ejercicio acumulado de dos acciones distintas (por competencia desleal y por indebida resolución del contrato de prestación de servicios), lo cierto es que en la audiencia previa, al amparo del artículo 426 en sus apartados 2 y 3, la parte actora, a requerimiento del Juez concretó que en la demanda únicamente se planteaban acciones de competencia desleal, dejando expresamente fuera las acciones de índole contractual (estas alegaciones se realizan a partir del minuto 11 de dicha actuación procesal).

Inicialmente Ozonetcarn dice ejercitar ambas acciones acumuladas pero, requerido formalmente por el juez, acepta que en la demanda sólo se plantean pretensiones vinculadas a la Ley de Competencia Desleal.



En la medida en la que es en la audiencia previa en la que se concreta lo que debe ser objeto del pleito, consideramos que la parte actora voluntariamente dejó fuera de las actuaciones las acciones de naturaleza contractual, por lo tanto, la demandada no pudo proponer prueba al respecto.

Al revisar la vista de juicio y, concretamente el trámite de conclusiones, la parte demandante vuelve a traer al procedimiento las pretensiones referidas al incumplimiento contractual (a partir del minuto 36), alegaciones que mezcla con referencias muy puntuales a la Ley de Competencia Desleal, de modo que las conclusiones se concentran en cuestiones netamente contractuales. De ese trámite de conclusiones no queda claro si la indebida resolución del contrato se integra como un elemento fáctico de la acción de competencia desleal, ejercitada como acción específica, o si se intenta traer de nuevo al pleito una acción específica de incumplimiento de contrato al amparo del artículo 1124 del CC.

La parte demandada al realizar las conclusiones (a partir del minuto 47) denuncia la introducción de hechos nuevos o de nueva noticia, que no deben ser objeto del pleito. En el minuto 54 de las conclusiones la demandada recuerda que en los autos sólo se ejercita la acción de competencia desleal referida a los artículos 14, 16 y 4 de la LCD. En definitiva, recuerda que el objeto del pleito quedó limitado única y exclusivamente a los actos de competencia desleal.

9.- Revisadas las actuaciones, concluimos que el pleito quedó reducido única y exclusivamente a los actos de competencia desleal, excluyendo la actora expresamente las acciones exclusivamente contractuales.

Por tanto, al traer la apelante a los autos de nuevo las acciones contractuales, no hace sino modificar extemporáneamente el objeto del pleito, la prohibición del cambio de acciones o pretensiones tiene como fundamento histórico la proscripción de la indefensión (así en diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que pueden citarse las de 26 de diciembre de 1997 y 12 de marzo de 2008). Deben, en definitiva, rechazarse las pretensiones del apelante referidas a la posible resolución injustificada del contrato de arrendamiento de servicios y la indemnización aparejada a dicha resolución.

QUINTO.- Sobre el alcance de las acciones ejercitadas al amparo de la Ley de Competencia Desleal.

10.- En el escrito de demanda se hace mención única y exclusivamente a la acción de daños y perjuicios, prevista en el apartado 5º del artículo 32.1 de la LCD; no se ejercita acción declarativa de ningún tipo.

La parte demandada, en su escrito de oposición, advierte que en segunda instancia se ha introducido una acción declarativa de competencia desleal, acción que no se ejercitó formalmente en la demanda. Denuncia, con ello, otro intento de modificación del objeto del pleito en la segunda instancia.

Decisión del Tribunal.

11.- Es cierto que la demanda se limita única y exclusivamente a ejercitar la acción de daños y perjuicios, no la acción declarativa del artículo 32.1.1º de la LCD.

Ni en la audiencia previa, ni en trámite de conclusiones, se realizan mayores precisiones sobre las acciones ejercitadas; sin embargo, consideramos que para poder ejercitar la acción de daños y perjuicios es necesario previamente examinar si ha existido o no infracción de esa normativa, cuestión que en la que implícitamente ha de entrarse para luego poder enjuiciar si ha existido el perjuicio reclamado.

Frigoríficos, en la contestación a la demanda, en la audiencia previa y en conclusiones, ha defendido que su actuación no ha sido en modo alguno desleal, por tanto, no se ha producido situación de indefensión, no se ha privado a la parte de instrumentos de defensa. Por tanto, consideramos que no supone una modificación del objeto de la demanda entrar, aunque sea con carácter previo, a valorar si los actos denunciados son o no desleales, como requisito previo para analizar los daños o perjuicios que se hayan podido causar.

SEXTO.- Sobre la introducción de hechos nuevos o de nueva noticia en la segunda instancia así como su soporte documental.

12.- Frigoríficos plantea en el recurso motivos de inadmisión complementarios respecto de algunas alegaciones hechas por la parte recurrente, en concreto las referidas a la valoración de la prueba de dos testigos.

En el escrito de oposición se advierte que el apelante ha introducido en el recurso documentos subrepticamente ya que ha incorporado el contenido de algunos correos electrónicos como parte del recurso.

Decisión del Tribunal.

13.- La parte demandante, en trámite de conclusiones, ya indicaba que había obtenido nuevos documentos, nueva información.



Las conclusiones, al igual que la audiencia previa, fueron un tanto dispersas y la parte introdujo en el trámite final hechos y alegaciones nuevas infringiendo con ello las reglas del artículo 270 y 433 de la LEC, reglas que obligaban a introducir dichas alegaciones al inicio de la vista de juicio y no en conclusiones.

La artimaña de la parte recurrente de no aportar formalmente documentos y, sin embargo, introducirlos en su escrito mediante recursos informáticos, debe ser rechazada por cuanto infringe las previsiones del artículo 271 de la LEC. Por tanto, esos documentos y alegaciones deben ser rechazados.

SÉPTIMO.- Sobre las cuestiones que deben ser objeto del recurso de apelación.

14.- Partiendo de las anteriores consideraciones, debemos establecer qué cuestiones deben ser objeto de revisión en segunda instancia.

14.1. Ya hemos indicado que queda fuera del recurso todo lo referido a la acción por incumplimiento contractual y sus consecuencias. Cuestión distinta es que el contrato y las circunstancias de su resolución puedan tener trascendencia para valorar si ha habido o no competencia desleal.

Deben desestimarse los motivos de apelación referidos a la incongruencia *infra petita* de la sentencia, por cuanto la sentencia dio puntual respuesta a las cuestiones delimitadas en la audiencia previa. Las imprecisiones de la actora en la demanda, la claridad con la que se manifestó en la audiencia previa y el desorden expositivo en trámite de conclusiones no permiten, en modo alguno, entrar a revisar en segunda instancia si en la resolución del contrato de servicios se incumplió con la obligación de previo aviso, o si se resolvió injustificadamente.

14.2. El objeto de las actuaciones queda única y exclusivamente limitado a la revisión de las pruebas practicadas respecto del quebranto del artículo 16.3.a/ de la LCD (ruptura injustificada de una relación comercial sin previo aviso) y el quebranto del artículo 14.1 de la LCD (inducción a la infracción contractual), referida al análisis de si la demandada indujo a los cooperativistas a resolver sus vínculos con la cooperativa demandante.

La parte actora deja fuera del recurso de apelación la invocación genérica del artículo 4 de la LCD.

14.3. Vinculado a lo anterior, debe advertirse que los hechos o circunstancias introducidos por la apelante en su escrito sobre la falta de credibilidad de dos testigos (el Sr. Eugenio y el Sr. Martín), así como las alegaciones referidas a la aceptación o no por la actora de la resolución del contrato de prestación de servicios, no tendrían una incidencia efectiva en los tipos de deslealtad denunciados ya que la justificación o no de la ruptura de la relación comercial se debe a causas que van más allá de esa aceptación por parte de Ozonetcarn de la resolución (aceptación que tendría en su caso incidencia en un momento posterior al de la concurrencia de la causa de resolución), y la inducción a los cooperativistas a romper sus vínculos con la cooperativa tampoco se vería afectada por una aceptación, *a posteriori*, de la resolución del contrato de arrendamiento de servicios.

OCTAVO.- Sobre la explotación de la dependencia económica.

15.- Ozonetcarn considera que la resolución del contrato de arrendamiento de servicio sin concurrir justa causa y sin el plazo de preaviso previsto en el artículo 16.3.a/ de la LCD debe reputarse desleal. En el escrito se denuncia error en la valoración de la prueba practicada, por cuanto no queda acreditada ni la concurrencia de justa causa, ni la comunicación previa de la resolución del contrato, ni consta la conformidad de la actora.

Decisión del Tribunal.

16.- El artículo 16.3.a/ de la LCD establece que: "Tendrá asimismo la consideración de desleal: a) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor."

17.- El contrato de arrendamiento de servicios (incorporado como documento nº 2 a la demanda) establece como obligación principal para la arrendataria el cumplimiento de las obligaciones fiscales y laborales. En el punto 7 del contrato se recoge como causa de resolución sin necesidad de previo aviso el incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones establecidas en el contrato.

18.- Como documento nº 1 de la contestación a la demanda consta la notificación que la Agencia Tributaria hace a Frigoríficos de la diligencia de embargo preventivo de créditos, en esta diligencia se ordena la traba de las cantidades que Frigoríficos pueda adeudar a Ozonetcarn, fijándose como cantidad embargada 1.323.637'14 €. En esta diligencia se recogen las advertencias que la Agencia Tributaria hace a Frigoríficos en caso de incumplimiento de la orden de embargo, la consecuencia principal es la extensión de la responsabilidad a quien incumpla el requerimiento. La notificación es de 5 de octubre de 2015.



El 14 de octubre de 2015 Frigoríficos informó a la Agencia Tributaria que retenía facturas y albaranes por 673.990'02 €,

19.- Aunque la diligencia de embargo sea una medida cautelar, la misma pone de manifiesto la existencia de un incumplimiento fiscal grave atribuible a la hoy demandante. Es cierto que, como medida cautelar, tenía por objeto garantizar el pago de una sanción que finalmente no se impuso, pero también debe tenerse como cierto que la adopción de esa medida cautelar ponía en riesgo a Frigoríficos ya que podía ser responsable solidaria de la deuda reclamada si no cumplía la orden de retención. Además corría el riesgo de que los cooperativistas de la actora pudieran reclamar a Frigoríficos el pago de sus retribuciones en caso de que la cooperativa laboral no lo hiciera.

En el desarrollo de la vista y en trámite de conclusiones las partes pusieron de manifiesto la circunstancia creada por el embargo, así como el malestar de los cooperativistas (380 personas que cumplían en la demandada la prestación de servicio recogida en el contrato) ante el riesgo de no ver satisfechas sus retribuciones.

20.- Los hechos referidos en este punto ponen de manifiesto la existencia de un incumplimiento contractual de esas obligaciones fiscales y la grave situación de riesgo que generaba a la demandada, no sólo por la advertencia de la AEAT, sino por la responsabilidad directa frente a posibles responsabilidades por la retribución de los cooperativistas.

21.- En la Sentencia de esta Sección de 8 de mayo de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:3268) tuvimos la oportunidad de indicar respecto del alcance de la causa justificada de resolución prevista en el artículo 16.3.a/ de la LCD que:

"El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores establece que: "1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante".

El párrafo 2 de este precepto fija el criterio de responsabilidad solidaria del contratista: "2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.

De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo".

El artículo 168 de la Ley General de la Seguridad Social recoge un régimen de responsabilidad respecto de las prestaciones de la Seguridad Social similar al previsto en el artículo 42 del Estatuto. Así, el párrafo primero indica: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para las contrataciones y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de esta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente".

El artículo 42 de la Ley General Tributaria fija un régimen de responsabilidad solidaria de quienes incumplan órdenes de embargo o quienes, con conocimiento del embargo, la medida cautelar o la constitución de la garantía, colaboren o consientan en el levantamiento de los bienes o derechos embargados, o de aquellos bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la medida cautelar o la garantía.

15.- Conforme al régimen legal descrito en el ordinal anterior, la situación en la que se encontraban las sociedades demandantes y otras sociedades a ella vinculadas generaban un riesgo y responsabilidad objetiva a las entidades demandadas, circunstancia que determina la concurrencia de justa causa para resolver la relación comercial entre las partes con el fin de evitar las graves contingencias fiscales, laborales y de seguridad social que ya recaían como consecuencia de los embargos trabados sobre el patrimonio de las demandantes."

22.- Acudiendo a estos mismos argumentos debemos rechazar el recurso en este punto, considerando, por tanto, que no debe reputarse desleal la decisión de la demandada de dar por concluido el contrato de arrendamiento de servicios.

NOVENO.- Sobre los actos de inducción a la infracción contractual.



23.- Ya indicamos en fundamentos anteriores que la actora había invocado el artículo 14.1 de la LCD para denunciar la inducción a la infracción contractual por parte de Frigoríficos respecto de los 380 cooperativistas de la actora.

En la sentencia de primera instancia se da cumplida respuesta a la pretensión referida en ese párrafo primero del artículo 14.

En el escrito de apelación Ozonetcarn hace referencia indistinta al artículo 14.1 y al artículo 14.2 de la LCD, incluso en ocasiones realiza una invocación genérica al artículo 14 para cuestionar la valoración de la prueba en segunda instancia y advertir que Frigoríficos indujo a la resolución de los contratos con engaños.

Decisión del Tribunal.

24.- En la Sentencia de esta Sección de 27 de enero de 2016 (ECLI:ES:APB:2016:503) recogíamos la jurisprudencia sobre el alcance del artículo 14 de la LCD:

" El artículo 14 LCD , como recuerda la STS de 23 de mayo de 2007 (Roj: STS 4284/2007), comprende tres modalidades de ilícito competencial consistentes en la inducción a la infracción de los deberes contractuales (ap. 1), la inducción a la terminación regular del contrato (ap. 2) y el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena (figura ésta que se recoge con la anterior en el ap. 2, pero que no se corresponde con la rúbrica del precepto que se refiere a " inducción a la infracción contractual"). La modalidad del apartado uno sólo exige la inducción, en tanto las otras dos modalidades requieren que, además, concorra alguna de las circunstancias que expresa. Con relación al art. 14.1 LCD, la STS de 15 de julio de 2013 (Roj: STS 4498/2013) precisa, [p]ara que un comportamiento pueda subsumirse en este precepto es necesario que la inducción lo sea en relación con la infracción de un deber contractual básico que alguien (el destinatario de la inducción) tiene con un competidor, con independencia de que la inducción tenga o no éxito y provoque la resolución. Lo que es esencial es que la inducción se ejerza sobre el incumplimiento de deberes contractuales básicos, pues si no es así, carece de relevancia a los efectos del art. 14.1 LC. En relación con el art. 14.2 LCD , que contempla dos tipos de conductas distintas, una, la inducción a la infracción contractual, también exige el requisito de la inducción y la otra, un aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, presupone la existencia de una relación contractual entre terceros y, además, que concorra como medio, un engaño que provoque error en el inducido, o, como fin, el de difundir o explotar un secreto industrial o empresarial, o, como propósito, la intención de eliminar a un competidor del mercado -circunstancias sin las que el ofrecimiento de mejores condiciones laborales a trabajadores, comerciales a los clientes, y contractuales a los distribuidores, es plenamente lícito (como expone la STS de 11 de febrero de 2011, Roj: STS 716/2011)."

Sobre el alcance específico del artículo 14.1 de la LCD la Sentencia de esta Sección de 29 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:APB:2015:12128) advierte que

"el Tribunal Supremo, en sentencia 442/2014, de 3 de septiembre (Roj: STS 4235/2014) interpretando este precepto ha señalado que:

"[I]nducir significa ejercer una influencia espiritual o psíquica sobre el inducido, a modo de incitación o instigación a hacer algo (...). Sucede que no cabe inducción si el supuesto sujeto pasivo de la influencia está ya determinado a actuar por su propia decisión. No la hay sólo por generar una ocasión favorable para quien estaba decidido y conserva en todo momento el dominio del acto"

25.- Ni en la demanda, ni en el desarrollo del juicio, ni en conclusiones, ni en el recurso de apelación se establece delimitación alguna sobre el alcance de los tipos de deslealtad previstos en el artículo 14 de la LCD, se hace referencia a este precepto como si se tratara de un solo supuesto de deslealtad cuyos requisitos y circunstancias fueran cumulativas. Tanto en la demanda como las vistas se hace mención a los 380 cooperativistas que decidieron desvincularse de la actora el 13 de octubre de 2015 (el documento 332 y siguientes de la demanda incorporan las comunicaciones al consejo rector) como si fueran meros trabajadores. Tanto en la audiencia previa como en conclusiones el letrado de la parte demandante afirma que tanto da que fueran cooperativistas, como trabajadores y que, a los efectos prácticos, esas 380 personas debían considerarse meros trabajadores.

En la sentencia de instancia se advierten las contradicciones y la falta de precisión del demandante en su escrito y en sus alegaciones, se indica que las 380 personas que se dieron de baja lo hicieron en su condición de socios de la cooperativa.

Conviene advertir que la Llei Catalana de Cooperatives (Llei 18/2002, en vigor en el momento de la constitución de la cooperativa demandante) permite en su artículo 19 la baja en cualquier momento, eximiendo de preaviso los supuestos de fuerza mayor y baja justificada. El artículo 118 de la citada Llei (también en la Llei vigente,



la 12/2015) se regulan supuestos de baja por razones económicas, técnicas y organizativas similares a las del Estatuto de los Trabajadores.

Este régimen legal permite al socio cooperativista solicitar la baja en cualquier momento. En el supuesto de autos la baja estaría justificada por la situación de riesgo descrita en el fundamento anterior, intensificada en el caso de los socios cooperativistas no sólo por el riesgo de no percibir sus retribuciones, sino también por el riesgo de que pudiera afectarles personalmente y hasta la cuantía de su aportación la responsabilidad derivada frente a la cooperativa.

La comunicación remitida por todos y cada uno de los socios a la cooperativa indica la causa de la baja y no consta en autos que el consejo rector de la actora haya iniciado actuación legal alguna para declarar que la baja era injustificada (opción que prevé la Llei de Cooperativas y desarrolla el artículo 15 de los estatutos de la actora, aportados con la demanda).

26.- La constatación del embargo hecho por la AEAT y los riesgos que este conllevaba justificaban la decisión de los cooperativistas. La realidad del embargo descarta cualquier tipo de engaño imputable a la demandada.

Tanto la documental que aporta el actor como las manifestaciones de los cooperativistas que acudieron a declarar ponen de manifiesto que la decisión de cursar baja en la cooperativa fue voluntaria, que no hubo ni inducción ni engaño.

En definitiva, debe desestimarse también este motivo de apelación.

DÉCIMO.- Sobre las costas.

27.- La desestimación del recurso determina la imposición a la parte recurrente de las costas de la segunda instancia.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Ozonetcarn, S.C.C.L. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de fecha 19 de junio de 2017, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso.

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, a los efectos pertinentes.

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