



Roj: **SAP T 714/2008 - ECLI: ES:APT:2008:714**

Id Cendoj: **43148370012008100164**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **25/03/2008**

Nº de Recurso: **638/2006**

Nº de Resolución: **184/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO CARRIL PAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO NUM. 638/2006

ORDINARIO NUM. 192/2004

REUS NUM. CINCO

**SENTENCIA NUM.**

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE

D. Antonio Carril Pan

MAGISTRADOS

Dª Mª Pilar Aguilar Vallino

D. Manuel Díaz Muyor

En **Tarragona** a 25 de marzo de 2008.

Visto ante la Sección Primera de esta Audiencia Provincial los Recursos de Apelación interpuestos por Acose, S. L.,

representada por el Procurador Sr. Colet y defendida por el Letrado Sr. Just Faro en el Rollo nº 638/2006, por Maite ,

representada por el Procurador Sr. Farré y defendida por el Letrado Sr. Mir Arner, derivados del Ordinario 192/2004 del Juzgado

de 1ª Instancia nº 5 de Reus, a los que se opusieron los referidos apelantes respecto del recurso del contrario, y Constantino y

Amanda representados por el Procurador Sr. Farré y defendidos por el Letrado Sr. Just Sarobé, que lo hicieron al recurso

de Acose, S. L., al tiempo que impugnaron la sentencia recurrida.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida; y

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene la siguiente parte dispositiva: "Estimar la demanda formulada por el procurador Don Carlos López Izquierdo, en nombre y representación de Asesores y Corredores de Seguros, S.L., contra Don Constantino , Doña Amanda , Doña Maite , con los siguientes pronunciamientos: -Declarar la deslealtad de los actos protagonizados por los demandados y que se relatan en el hecho séptimo de esta resolución. -Condenar a los demandados al pago solidario de la cantidad de 11.627,12 euros más los



intereses legales desde la fecha de esta sentencia. -No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas".

SEGUNDO.- Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por Acose, S. L. y por Maite en base a las alegaciones que son de ver en el escrito presentado.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes personadas de los recursos presentados para que formularan adhesión o se opusieran a los mismos, Acose, S. L. formuló oposición al de Maite, y ésta al de Acose, al que también se opusieron Constantino y Amanda, quienes procedieron a impugnar la sentencia, oponiéndose a la impugnación Acose, S. L.

CUARTO.- Por las distintas apelante se solicitó el recibimiento a prueba y la práctica de documentales, pretensiones que se desestimaron por auto de 9 de mayo de 2007 que fue recurrido por los solicitantes, recurso que fue desestimado por auto de 13 de julio de 2007, respecto del que solicitó aclaración Acose, petición rechazada por auto de 1 de octubre de 2007.

QUINTO.- En la tramitación de ambas instancias del procedimiento se han observado las normas legales, salvo en el respeto al plazo para dictar sentencia en razón al volumen de escritos y de la prueba practicada.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Antonio Carril Pan.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los de la sentencia recurrida en lo que no resulten modificados por los de ésta.

PRIMERO.- Las apelaciones se alzan contra la sentencia que, estimando en parte la demanda por **competencia desleal** interpuesta por la sociedad demandante contra el vendedor de la cartera de seguros que ella explotaba, su esposa y contra una empleada que tenía para la referida explotación, condenó solidariamente a los demandados a indemnizar a la actora, que ejerció la acción declarativa de deslealtad y la acción de indemnización pecuniaria y de publicación de la sentencia condenatoria, pretensiones que amparó en los artículos 5, 6, 13, 14 y 15 de la LCD, fundándose la condena en el primero de los referidos con rechazo de los demás.

SEGUNDO.- El recurso de la demandante se alza contra el rechazo que la sentencia de instancia hizo de los diversos supuestos de **competencia desleal** rechazados, contemplados en los artículos 6, 13, 14 y 15 de la LCD, y así comienza refiriéndose a la desestimación del supuesto de confusión invocado en la demanda, que identifica con el uso que los demandados hicieron del teléfono por ella utilizado en su actividad de gestión de la cartera de seguros, teléfono que, estando a nombre del codemandado Constantino, éste traslado a su nueva oficina en la que era utilizado por las otras codemandadas para contratar las pólizas de seguros.

El supuesto de concurrencia de confusión y riesgo de asociación lo concreta la apelante en la utilización por los codemandados del teléfono 977811422 y en la medida en que obviaban manifestar al interlocutor que no trataban con Acose, sino que, por el contrario, le manifestaban que habían trasladado la oficina a la calle Oliveres, lugar en el que Constantino abrió una oficina en la que las otras dos codemandadas actuaban de agentes de seguros, una respecto de Mapfre, Amanda, y la otra respecto de Winterthur, Maite, pretensión que fue rechazada por la sentencia recurrida por estimar insuficiente prueba la única aportada por la demandante, consistente en una llamada efectuada por un detective por ella contratado.

El artículo 6 de la LCD prohíbe los actos realizados en el mercado con el fin de crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, siendo suficiente para incurrir en la prohibición que se origine el riesgo de asociación de las prestaciones, es decir, el riesgo de confusión. Se exige así que exista una claridad concurrencial que desaparece ante la presencia de ese riesgo. Se ha de integrar por actos que posean la capacidad objetiva de confundir a potenciales consumidores para obtener ventaja de esa confusión. Habrá que fijarse en la impresión de conjunto del propio acto y de las circunstancias en que se produce, bastando que el acto desleal se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias, aunque la posibilidad de error se reduzca a un sector pequeño.

La apelación trata de imponer su propio análisis y valoración de una prueba huérfana de objetividad y naturalidad y sobrada de sugestividad y predeterminación, coincidiendo este Tribunal con la Juez a quo en que la llamada efectuada por el detective no acredita que los codemandados usen del teléfono 977811422 con efectos concurrenciales respecto de la actividad de la actora, pues en forma alguna son admisibles las interesadas conclusiones de la actora. La persona que recibió la llamada no señala en ningún momento ser o servir a la actora ni tampoco que la actora ha cambiado de oficina o que sea el teléfono de la actora el que se está usando, y si alguna referencia se hace a la actora no es la interlocutora sino el detective, que no pregunta ni actúa con claridad y rotundidad. A ello debemos agregar que el teléfono fue utilizado por Acose, pero que



siempre estuvo a nombre de Constantino , que siempre fue su titular y lo usó para su actividad relacionada con Fincas Miami Playa, y Constantino compartió en todo momento su uso con la actora, y seguía usando de él en la nueva oficina que compartía con las codemandadas. Por todo ello se rechaza el motivo.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso se alza contra el rechazo que la sentencia recurrida hace de los listados de cliente, que la recurrente mantiene que fueron sustraídos de un ordenador existente en la oficina por Maite , como **secretos empresariales**, y lo hace significando que se trataba de algo más que de listas de clientes ya que allí se encontraban los domicilios, los números de pólizas, la compañía aseguradora, etc, etc, toda la información relevante que forma parte del **secreto empresarial**, al tiempo que destaca que la sentencia del TS que invoca la Juez a quo no proclama que el listado de clientes tiene la categoría de **secreto empresarial**, sino que señala lo contrario, y en el mismo sentido está la sentencia de 17/7/1999 .

En orden a considerar las listas de clientes como **secretos empresariales** debemos partir de la sentencia del TS de 29 de noviembre de 1999 , ampliamente citada en relación con el tema, según la que: "La lista de clientes de una entidad bancaria, o de cualquier otra entidad **empresarial**, es accesible a todo el personal directivo. Es indudable, tal como se dice en las sentencias de instancia, que la clientela es un elemento esencial de la empresa y de toda actividad comercial. Lo que es dudoso es si, además, tiene la categoría de **secreto empresarial**, como así lo sostiene la parte demandante y estiman las sentencias de instancia. Esta Sala no admite esta calificación: el listado o la relación de la clientela no es un **secreto empresarial**". En un sentido coincidente con la anterior sentencia se pronuncia la de 8 de octubre de 2007 , según la que: La misma suerte ha de correr el Motivo 4º, en que se imputa violación de **secretos** que calificarían la conducta como desleal (artículo 13.1 LCD EDL 1991/12648 ) y que en el caso se habría de traducir en la explotación de los listados de clientes y de otras informaciones sobre precios y condiciones, que habrían de tener la consideración de **secretos empresariales** a los efectos de poder ser encuadrada su explotación en las previsiones del precepto señalado. Ha de destacarse que los demandados han podido tener acceso legítimo, con lo que se trasladaría la cuestión al punto de determinar si pesaba sobre los demandados un especial deber de reserva (artículo 13.1 LDC EDL 1991/12648 ) que, en el contexto en que se produce, no parece haya de extenderse a los conocimientos y relaciones que hayan adquirido precisamente en el desempeño de las funciones, además de que no se trata, en puridad, de **secretos empresariales**, pues la información utilizada no es realmente secreta, en términos de utilidad y valor que el sujeto en cuestión (la actora) ha conferido a la información en cuestión, desde el punto y hora en que no ha tomado medidas para salvaguardarla o protegerla".

La anterior doctrina, reiterada por el TS, obvia la realidad denunciada por el recurso de que la sentencia de 14 de julio de 2003 , invocada por la sentencia recurrida, no efectúa el pronunciamiento que le atribuye la Juez a quo, pues, examinada la misma se observa que quien se refiere a las listas de clientes no es el TS sino la sentencia del Juzgado, cuyos fundamentos reproduce la del alto Tribunal, que ningún pronunciamiento efectúa respecto de las listas de clientes al sancionar las conductas no al amparo del artículo 13 sino del 5 de la LCD .

Por lo que se refiere a las afirmaciones realizadas por la recurrente tendente a acreditar la concurrencia de la condición de **secreto** de las listas, solo procede señalar que lo obvio para la recurrente no lo es para este Tribunal que desconoce, y no se le ha acreditado, el verdadero contenido de los supuestos listados, pues respecto de ellos solo contamos con las manifestaciones de la apelante, y no podemos olvidar que los demandados han negado la existencia de los listados. Tampoco nos resulta obvio y notorio el contenido comercial de unas listas cuyas características no nos constan aunque si lo sea para la apelante, siendo patente que el contenido tan reiteradamente invocado por la apelante podía ser conocido por los demandados sin recurrir a los listados al poder proporcionárselo los propios clientes, que contaban con las correspondientes copias de los pólizas, por lo que no cabe concluir sin más que necesariamente el conocimiento de los datos de vencimiento, compañía, número de póliza, etc, etc, tuvieran que derivar de los referidos listados. Por ultimo, considerar que por estar en un ordenador en una oficina los datos ya están debidamente custodiados como **secretos**, resulta de escaso peso, pues encender un ordenador es más sencillo que violentar una cerradura, por lo que si el ordenador no cuenta con medidas de seguridad, lo que no ha sido acreditado, no puede decirse que estén adecuadamente custodiados los **secretos** que contenga, sin que a ello sirva de excusa la referencia que la apelante hace a los sistemas informáticos de la Administración de Justicia, respecto de los que nadie ha pretendido que gocen de adecuada seguridad, pero, en todo caso, si tienen ciertas medidas que dificultan su libre acceso.

Por lo referido el motivo se rechaza.

CUARTO.- El tercer motivo del recurso se refiere al rechazo que la sentencia recurrida hace del supuesto de **competencia desleal** del artículo 14.2 , concretado por la apelación en la inducción a la infracción contractual acompañada de circunstancia de engaño y de la intención de eliminar a un competidor del mercado, conductas que imputa al matrimonio codemandado respecto de Maite .



Respecto del artículo 14 de la LCD es de destacar la STS 23 de mayo de 2007 que en relación a su contenido señala "que el art. 14 LCD EDL 1991/12648 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.

Es patente que el nº 2 de artículo 14 comprende, pues, dos supuestos de comportamientos desleales, uno de inducción y el otro de aprovechamiento, y que el recurso se refiere al que considera como tal la inducción a la terminación regular de un contrato mediante engaño o con la intención de eliminar al competidor del mercado, concretando el engaño el recurso en la conducta por la que Maite conseguiría de Acose una transición suave, en la medida que sería la que continuaría atendiendo, durante un tiempo, a su clientela desde el mismo número de teléfono por el que hasta entonces se localizaba a la actora, pero desde la nueva ubicación de la calle Olivers.

El motivo adolece de imprecisión y confusión, pues si el supuesto de deslealtad requiere de un engaño ejercido por los competidores desleales sobre los colaboradores del competidor, con el propósito de que aquellos terminen su relación contractual con estos, el relato de hechos efectuado de forma novedosa en esta apelación, parece imputar el engaño no al matrimonio codemandado sino a Maite, es decir a la colaboradora de la actora. Por ello acudiremos a la demanda, y en ella vemos que el supuesto de competencia en ella encuadrado en el precepto de que venimos tratando, consiste en que Maite, trabajadora de la actora, fue inducida por los codemandados, para que, tras copiar la base de datos, solicitara la baja voluntaria con objeto de que iniciara una nueva prestación de servicios en unión de los otros dos demandados en la calle Olivers, por lo que los otros dos codemandados lograban tener a su servicio a Maite, con el fin de hacer posible la captación de clientes. Ello no hubiera sido posible si dejan transcurrir unas semanas, ya que entonces hubiera iniciado su baja por maternidad y no hubiera podido iniciar su actividad hasta la terminación de la baja. Puntualiza la demanda que la acción consistió en ejercitar una influencia sobre Maite, y se remite a la prueba de presunciones.

Como hemos señalado, el supuesto de deslealtad invocado requiere no solo de una inducción sino que la misma vaya acompañada de alguna de las circunstancias referidas en el artículo, invocando la apelación al engaño, pero ni éste aparece concretado en el recurso ni lo ha sido en la demanda, pues en el primero el engaño parece proceder de Maite, y en la demanda, más que un engaño ejercitado sobre la trabajadora de la actora, aparece reflejada una connivencia del matrimonio y de la trabajadora, sin que aparezca indicio alguno de actividad engañosa encaminada a que Maite terminara su contrato con la actora. Por otro lado coincidimos con la Juez a quo en la falta de prueba del engaño, a lo que añadimos la falta de prueba de la inducción, pues no cabe ignorar que Maite no tenía ni un gran sueldo ni la pérdida de una baja por maternidad parece que pueda convertirse en un indicio irrefutable del engaño o inducción para que renunciara a los derechos derivados, pues no debemos olvidar que Maite pasó a ser autónoma y a trabajar por su cuenta, y que suele ser habitual que las autónomas no disfruten de periodos de baja, resultando comprensible que la nueva situación la afrontara con la mayor diligencia y dedicación en atención al cambio que supone pasar de asalariada a autónoma.

Por lo que se refiere al propósito invocado en la apelación de que el matrimonio de los codemandados pretendían eliminar del mercado a la actora, debemos reiterar la falta de la mas mínima base probatoria, pues si la Actora ha cerrado su oficina en Miami, ello no cabe estimarlo motivado por la conducta de los demandados sino mas bien de las circunstancias derivadas de la nueva competencia y de la escasa dedicación que parece haber desarrollado en contrarrestar esa nueva situación.

QUINTO.- El cuarto motivo se refiere a la infracción del artículo 15 de la LCD, que fija como supuesto de competencial desleal el prevalerse de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes, siempre que sea significativa. En segundo lugar considera como **competencia desleal** la infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

La conducta sancionada requiere una infracción de una norma integrado en el ordenamiento jurídico; que de ello se derive una ventaja competitiva efectiva para el infractor, lo que se deriva del término prevalecerse utilizado por el precepto, y supone la necesidad de un nexo causal entre la infracción y la ventaja; que la ventaja sea significativa desde un punto de vista comercial; que se de un prevalimiento de la ventaja por el infractor.

Coincidimos con la sentencia de instancia que no se ha acreditado que la ventaja sea relevante comercialmente considerada ni que la misma se haya producido ni menos aun que la parte demandada se haya prevalido de ella, por lo que el motivo se rechaza. Pero también coincidimos con las codemandadas en que no existió infracción del artículo 8 de la Ley 9/92 de Mediación en los Seguros Privados, modificada por la Ley 30/95, de 8 de noviembre, modificación que dejó redactado el artículo en los términos siguientes:



1. Ningún agente podrá estar simultáneamente vinculado por contrato de agencia de seguros con más de una entidad aseguradora, a menos que sea autorizado por la misma para operar con otra entidad aseguradora en determinados ramos, modalidades o contratos de seguros que no practique la entidad autorizante.

La autorización sólo podrá concederse por escrito, en el contrato de agencia o como modificación posterior al mismo, por quien ostente la representación legal, en su condición de administrador de la entidad autorizante, con indicación expresa de la duración de la autorización, entidad aseguradora a la que se refiere y ramos y modalidades de seguro, o clase de operaciones que comprende.

El precepto ninguna prohibición establece respecto de la ubicación de dos agentes en un mismo local. Lo que prohíbe es la vinculación de un agente a más de una aseguradora, pero en el caso de autos tal circunstancia no se produjo, sino que cada una de las codemandadas mantenía una vinculación con una aseguradora diferente, por lo que no cabe estimar que existió la infracción que la Juez a quo manifiesta ser patente que se produjo, infracción que, a falta de mayor precisión, parece derivar del hecho de que Maite y Amanda compartieran local siendo agentes de diferentes sociedades aseguradoras y de que un agente atiende a clientes de la otra, pero reiteramos que esos no son los supuestos sancionados por el precepto, que prohíbe la vinculación a más de una entidad, prohibición que, por otro lado, no es absoluta sino subordinada a la previa autorización.

Los restantes motivos de esta apelación carecen de sentido a la vista de la resolución del siguiente recurso.

SEXTO.- Recurre la demandada Maite e impugnan los otros dos demandados contra la inclusión de su conducta en el supuesto del artículo 5º de la LCD, artículo cuyo alcance y contenido ha sido expuesto en diversas resoluciones del TS, de entre las que cabe destacar la de 8 de octubre de 2007, que señala:

La cláusula general del artículo 5 LCD EDL 1991/12648 no formula, como han dicho las Sentencias de 24 de noviembre de 2006 EDJ 2006/325612 y 23 de marzo de 2007 EDJ 2007/21900, entre otras, un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, en las que van a ser tipificados los actos o comportamientos de **competencia desleal** en particular, sino que establece una verdadera norma jurídica en sentido técnico, esto es, lo que la doctrina ha calificado como "una norma completa de la que derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como sucede con el artículo 7.1 del Código Civil EDL 1889/1". La cláusula general tipifica un comportamiento de **competencia desleal**, dotado de sustantividad frente a los actos de **competencia desleal** que la ley ha estimado tipificar en concreto. Por tanto, esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican actos en particular, sino que la aplicación ha de realizarse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular. Consecuencia de todo ello es que el recurso al artículo 5 EDL 1991/12648 obliga a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta, y a este efecto hay que partir (SSTS 6 de junio de 1997 EDJ 1997/4460, 11 de octubre de 1999 EDJ 1999/29514, 14 de marzo de 2007 EDJ 2007/16951, etc.) de los principios constitucionales de libertad de empresa (artículo 38 CE EDL 1978/3879) y de derecho del trabajo (artículo 35 CE EDL 1978/3879), entre otros, como la protección de consumidores (artículo 51 CE EDL 1978/3879), pues el artículo 5 LCD EDL 1991/12648 establece un límite jurídico al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica en el mercado, esto es, un derecho de acceso al ámbito de desarrollo de la iniciativa económica privada sobre producción e intercambio de bienes y/o servicios, al ámbito de desarrollo de actividad productiva por cuenta ajena o propia, derecho que no puede ejercitarse a través de determinados comportamientos que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado o las libres formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado. A partir de esta idea de principio, se ha de concretar el contenido de normativo de la cláusula general, en primer lugar, a través de los principios acogidos en las normas que tipifican supuestos de hecho como actos de **competencia desleal** (conductas que frustran o dificultan la libre formación de preferencias o restan transparencia al mercado; o constituyen técnicas de presión sobre el consumidor, o implican el expolio o aprovechamiento del esfuerzo ajeno y de sus resultados; o constituyen conductas predatorias, etc.).

Sin perjuicio de todo ello, hay que tener en cuenta a continuación los imperativos éticos de orden general, esto es la buena fe en sentido objetivo (SSTS de 20 de marzo de 1996 EDJ 1996/1233, 15 de abril de 1998 EDJ 1998/3949, 16 de junio de 2000 EDJ 2000/12947, 19 de abril de 2002 EDJ 2002/9747, 14 de marzo de 2007 EDJ 2007/16951, etc.), como "una exigencia ética significada por los valores de honradez, lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y el atenerse a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena". Esta atención a los límites éticos de carácter general ha de entenderse subordinada a las exigencias directamente derivadas del principio de competencia económica, pues no debe reprimirse con el mero apoyo de límites éticos una conducta "que se revele concurrencialmente eficiente, que promueva las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado".



Por su parte la sentencia del TS de 24 de noviembre de 2006 establece: esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular". Y agrega más adelante: Consecuencia de todo ello es que el recurso al artículo 5 LCD obliga a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta.

La sentencia de instancia consideró a los demandados incurso en una infracción del artículo 5 de la LCD en base a los hechos que seguidamente se refieren, los que estimó constituyeron un comportamiento contrario a la buena fe:

A) Si bien el teléfono pertenecía a Constantino, éste, habiéndose comprometido a que Acose siguiese utilizando el número 977811422, que era conocido por los clientes, ante el impago de una factura, sin preaviso, ordenó el traslado de la línea y la suspensión del servicio. Ante el impago de 105 euros cambió de opinión y dio al traste con lo acordado verbalmente con Acose. Tal comportamiento es contrario a la buena fe.

B) Por la manipulación de la base de datos del ordenador borrando de ella el archivo de clientes de Acose.

C) En el uso del listado de los clientes de Acose, utilizado el teléfono que la daba a conocer, atendieron a numerosos clientes de las aseguradoras Mapfre y Wintenthur, lo que deduce de los 201 documentos aportados con la demanda en los que otros tantos asegurados pidieron el cambio de agente, lo que deduce de que una actuación puntual no justifica el cambio, en que las cartas no respondieron a un deseo del cliente sino a un ardid de los demandados, en que tramitaron también el cambio de un cliente de Vitalicio Seguros, en que no hicieron publicidad de la nueva ocupación y en que el rótulo de Maite no se instaló hasta en 25 de febrero de 2004.

Respecto del primero de los puntos señalado procede puntualizar que el referido número de teléfono perteneció siempre a Constantino, que lo utilizó para el ejercicio de su actividad de agente inmobiliario, permaneciendo únicamente a su nombre en la guía telefónica, si bien también lo utilizaba Acose por acuerdo con Constantino. El acuerdo de permitirle continuar con el número, hecho reconocido por Constantino, fue seguido del impago de la factura de 105 euros y del intento de Acose de poner el número a su nombre (folios 857 a 864), lo que supuso un comportamiento desleal por parte de Acose y un intento de apropiación del número. No existió comportamiento contrario a la buena fe por Constantino, dado que el traslado del teléfono fue precedido de actos aparentemente aviesos de Acose y, en todo caso, nos hallaríamos ante un incumplimiento de un pacto verbal pero no de una actuación concurrencial, máxime si el teléfono podía tener la misma trascendencia para Acose que para Constantino, ya que uno y otro lo utilizaban siempre para sus actividades no concurrentes, inmobiliarias la del uno y de seguros la de la actora, pero pertenecía y siempre había pertenecido a Constantino (folios 811 a 816).

El segundo punto en que se ampara la sentencia no se acepta, pues no se estima acreditado, por la única prueba aportada por la actora, el informe del informático (folio 64), la sustracción del listado de clientes y el borrado del archivo. No responde a la mínima lógica que quien sustrae una información borre la fuente, pues ello le delataría y no le proporcionaría ventaja alguna. Menos lógico se presenta que, enterado el titular, como lo estuvo Acose al haberse producido el descubrimiento el 30 de abril (folio 64), antes de la marcha de Maite el 1 de mayo, nada le diga ni adopte medida alguna frente a ello, pagándole el finiquito el 2 de mayo (folio 62) sin objeción alguna y sin pedirle explicaciones o la restitución de la información sustraída. A ello debemos añadir que la información de los datos de los distintos contratos figuran en la pólizas correspondientes y por tanto de posible obtención sin necesidad de los listados, bastaría conocer a los asegurados para obtener de ellos los datos y no podemos olvidar que la captación de clientes con posterioridad al abandono de la empresa no es un acto concurrencial ilícito, y así lo señala la sentencia del TS de 24 de noviembre de 2006, que manifiesta que "la captación de clientela mediante la inducción a la terminación regular de un contrato es una conducta concurrencialmente lícita, salvo que los medios empleados revelen confusión, engaño, denigración, comparación, imitación, aprovechamiento de fama ajena, explotación de **secretos**". Esta misma sentencia destaca como, en el caso de que se ocupa al igual que en el presente, la captación de clientes se produjo después de haber dejado la empresa a la que inicialmente habían pertenecido los trabajadores, en este caso Maite. Partiendo de ello es indiferente, concurrencialmente hablando, que aprovechando el hecho puntual de una atención o contacto se trate de captar un cliente de otro si no concurren las condiciones referidas, ninguna de las que se ha acreditado en autos, pues, como se señala en la sentencia anteriormente referida: "esta atención a los límites éticos de carácter general ha de entenderse subordinada a las exigencias directamente derivadas del principio de competencia económica, pues no debe reprimirse con el mero apoyo de límites éticos una conducta "que se revele concurrencialmente eficiente, que promueva las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado". En esta apreciación es imprescindible atender al principio de protección que



los derechos constitucionales antes señalados exigen, pues en cuanto hay que aceptar que estemos dentro del ámbito de vigencia y protección de los derechos de libertad de empresa y prestación de trabajo han de descartarse consideraciones de orden ético".

El tercer motivo en el que se ampara la mala fe de los demandados se rechaza en razón a que no se estima acreditada la sustracción de los listados de Acose, ni se estima acreditado que las cartas respondieran a un plan o ardid de los demandados, máxime cuando las misivas se prolongaron mucho más allá del momento en que Acose comunicó a sus clientes el cambio de teléfono, lo que ocurrió, según documentos obrantes en los autos, entre el 2 de junio (folio 698) y el 23 de julio de 2003 (folio 699), por lo menos, por lo que hay que suponer que a partir de ese momento la comunicación de Acose con sus clientes ya nada tenía que ver respecto del teléfono que pertenecía a Constantino y del que ya no dependía Acose, pese a lo que en ese periodo solo se originaron 39 de las 201 cartas de cambio de agente, de las que 10 pertenecían a pólizas de las que eran titulares los demandados o sus parientes cercanos, como puede derivarse de la documental aportada, sin orden ni concierto alguno, por la actora dentro de lo que denominó documento 27, no encontrándose acreditado en autos ni ardid o engaño por parte de los demandados, resultando totalmente ineficaz para ello la actuación interesada del detective (folio 513), que en ningún momento se mostró claro ni obtuvo un pronunciamiento del mismo tenor por parte de Maite que hiciese referencia a una suplantación de Acose o de actuación de confusión, actuación que tuvo lugar en julio de 2003, sin que de ella se derivara actuación alguna de la actora, y sin embargo la mayor parte de cartas se generaron con posterioridad a las referidas fechas sin que la demandante actuase ni para contrarrestar la pretendida concurrencia ni para poner fin a su invocada ilicitud.

Por ultimo, respecto de la pretendida inducción a Maite por parte de los otros dos codemandado, no existe la mas mínima prueba, y no cabe olvidar que Maite es autónoma y agente independiente y que no se ha acreditado ninguna situación de subordinación o dependencia respecto de Constantino, y que esa autonomía puede ser la justificación razonable de una renuncia a ventajas laborales de vacaciones o periodos de maternidad, ya que es patente que los autónomos encuentran en esa autonomía motivos suficientes para tales renunciaciones en cuanto que el trabajo para uno mismo les reporta ventajas superiores al placer de disfrutar de los referidos beneficios, al tiempo que cabe recordar que la captación de empleados de otros competidores no es un hecho concurrencial ilícito, pues la mera captación y trasvase de trabajadores de una empresa a otra no es suficiente para generar un ilícito de **competencia desleal**, según reiterada jurisprudencia (Ss TS 11/10/1999; 1/4/2002; 28/9/2005; 23/5/2007). La ultima sentencia reseñada establece: "Forma parte de la normalidad del mercado que las empresas traten de obtener trabajadores con experiencia, y ello tanto más en el inicio de su actividad **empresarial**, lo que normalmente supone que dichos trabajadores dejen de formar parte de la plantilla de otra, y no es maniobra desleal que la captación tenga lugar mediante el ofrecimiento de mejores condiciones económicas y/o laborales y/o personales. Por lo demás, la experiencia del trabajador, y la aportación que pueda suponer, no es patrimonio de la empresa, con independencia de que se aproveche de la misma, y se vea perjudicado por la marcha del empleado, pero, de ello, no cabe deducir que con la oferta de mejora, sea concreta o abstracta, se esté tratando de hundir al competidor. Extenderlo de otro modo afectaría a la libertad de trabajo y libertad de empresa (arts. 35.1 y 38 CE EDL 1978/3879 q) y autonomía de la libertad".

SÉPTIMO.- Que la desestimación del recurso planteado por Acose, S. L., obliga a hacer imposición de costas al recurrente por disposición del art. 398 de la L.Enj.Civil, a la vez que la total desestimación de la demanda obliga a imponer a la misma demandante las costas de primera instancia por disposición del artículo 394 de la LEC, al tiempo que la estimación del recurso y de la impugnación lo hace respecto a la no imposición de los respectivos recursos conforme al artículo 396 LEC.

VISTOS los preceptos legales y demás aplicables.

#### FALLAMOS:

Que declaramos NO HABER LUGAR a la apelación interpuesta por Acose, S. L., y HABERLA a la de Maite y a la impugnación de Constantino y Amanda contra la sentencia dictada el 17 de julio de 2006 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Reus, cuya resolución revocamos, y en consecuencia:

- 1º) Absolvemos a los demandados de las pretensiones contra ellos dirigidas por la actora Acose, S. L..
- 2º) Se imponen a la demandante las costas de Primera instancia
- 3º) Se imponen a Acose, S. L. las costas de su apelación
- 4º) No se hace imposición de las costas de la apelación de Maite ni de la impugnación de Constantino y Amanda.

Así por esta nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.