



Roj: **SAP M 10105/2007 - ECLI: ES:APM:2007:10105**

Id Cendoj: **28079370282007100089**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **12/04/2007**

Nº de Recurso: **567/2006**

Nº de Resolución: **82/2007**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00082/2007

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 567/06

Materia: **Competencia desleal**

Órgano judicial de origen: Juzgado de Primera Instancia num.67 de Madrid

Autos de origen: Proceso núm. 392/02

Parte recurrente: SYSTEMS MAINTENANCE SERVICES EUROPA S.A

Parte recurrida: Clemente / Amanda

SENTENCIA 82/05

En Madrid, a 12 de abril de 2007.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados D. Enrique García García, D. Rafael Sarazá Jimena y D. Gregorio Plaza González, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 567/06, interpuesto contra la sentencia de fecha 31 de octubre de 2005 dictada en el proceso núm. 392/02 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia num.67 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante la parte, SYSTEMS MAINTENANCE SERVICES EUROPA S.A, representada por el Procurador Dña. Mª José Bueno Ramírez y defendida por el Letrado D. José Mª Delgado Cobos, siendo apeladas las partes, Clemente, representada por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta y defendida por el Letrado D. Pablo Llamazares Calzadilla y Dª Amanda y otros, representada por la Procuradora Dª. Ana Llorens Pardo y defendida por el Letrada Sra. Reina Marillas.

Es magistrado ponente D. Rafael Sarazá Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 18 de mayo de 2002 por la representación de SYSTEM MAINTENANCE SERVICES EUROPA, S.A contra D. Clemente y otros, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:



"a) Que admita esta demanda con su Anexo de Documentos, así como las copias que para su traslado a los demandados asimismo se acompañan y tenga por formulada en nombre de mis mandantes, las entidades..., en tiempo y forma, ejercitando acciones de declaración y cesación de actos de **competencia desleal** y resarcitoria de daños al amparo de los arts. 5,12,13, 14 y 18 y concordantes de la Ley 3/1991 , de 10 de Enero , de **Competencia Desleal**, contra las personas y entidad designados en el encabezamiento de este escrito;

b) Que emplaze a los referidos demandados dándoles traslado de la Demanda y -anexo de Documentos .

El emplazamiento de los demandados deberá efectuarse en el domicilio de CIMSA, en todo caso respecto de los 6 demandados dados de alta como empleados en dicha compañía: Doña. Amanda , Dña. Inés , D. Bartolomé , D. Rosendo , D. Casimiro y D. Pablo .

En el caso de negarse al emplazamiento de dicho domicilio los Sres. Amanda y Jose Luis , deberán ser empleados en sus domicilios que figuran en sus respectivos contratos de trabajo-nóminas.

c) Que dicte en su día sentencia estimatoria declarando la deslealtad de los actos realizados por los demandados en los términos expuestos; ordene la cesación y remoción de efectos de los mismos cuando ello sea material y jurídicamente posible al tiempo de dictarse sentencia y ordene el resarcimiento de los daños causados a determinar sobre la base de los que puedan ser definitivamente cuantificados en o a cuantificar en ejecución de sentencia con arreglo a las bases que en la sentencia deberán fijarse con arreglo a lo solicitado en este escrito"

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de Primera Instancia num.67 de Madrid dictó sentencia, con fecha 31 de octubre de 2005 , cuyo fallo era el siguiente:

"Que desestimando la demanda que ha dado lugar al presente procedimiento, interpuesta por SYSTEMS MAINTENANCE SEREVICES EUROPA, S.A Y SYSTEMS MAINTENANCE SERVICES CORPORATE, S.A. contra DON Clemente , DOÑA Amanda , DOÑA Inés , DON Bartolomé , DON Rosendo , DON Casimiro , DON Pablo y la entidad "CONTENIDOS DE INFORMACION Y MULTIMEDIA, S.A" , debo declarar y declaro no haber lugar a lo en ella solicitado, y en consecuencia absuelvo a los demandados de las pretensiones contra ellos deducidos.

Se imponen al demandante las costas causadas en este procedimiento...."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de SYSTEMS MAINTENANCE SERVICES EUROPA S.A se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las entidades demandantes, SMS EUROPA, S.A. y SMS CORPORATE, S.A., hoy apelantes, ejercitaron acciones derivadas de la Ley de **Competencia Desleal** contra varias personas físicas, hoy apelantes, y contra una persona jurídica, CIMSA.

La sentencia de instancia desestimó completamente la demanda, y contra esta absolución se alzan hoy las actoras en su recurso.

SEGUNDO.- Ya la demanda formulada por las hoy apelantes adolecía de importantes deficiencias que hacían harto difícil que pudiera ser estimada. Por ejemplo, en ella se utilizaba una consideración casi patrimonial de la clientela, interpretándose el hecho de que unos clientes, reales o supuestos, hubieran dejado de recibir servicios de alguna de las actoras y los hubiera seguido recibiendo de la empresa para la que habían pasado a trabajar los empleados que se dieron de baja en la actora, como argumento para calificar como desleal la conducta de los demandados. Por el contrario, la lucha por la clientela es uno de las características del mercado, respecto del que la competencia leal es protegida por la Ley de **Competencia Desleal**, y por ello la captación de clientela, aun producida por quienes trabajaron anteriormente para otra empresa que mantenía relaciones con ese cliente, no puede reputarse desleal.

Asimismo, se observa en la demanda la falta de una mínima entidad en la utilización de los tipos de ilícitos concurrenciales de los arts. 12 de la Ley de **Competencia Desleal** , al no concretar mínimamente cómo los demandados se han aprovechado indebidamente del esfuerzo ajeno, 13 de la Ley de **Competencia Desleal**, al no concretar qué información secreta había sido divulgada o explotada por los demandados, aparte de utilizar eufemismos tales como "información clave" sin concretar en qué consiste tal información ni qué



medidas se habían adoptado respecto a la misma para que pudiera considerarse constitutiva de un **secreto industrial** o **empresarial**, y 14 de la Ley de **Competencia Desleal**, pues los eufemismos que se utilizan tales como "mediando actuación clandestina, concertada, premeditada e intempestiva" no pueden ser considerados como las circunstancias agravatorias exigidas por el art. 14.2 de la Ley de **Competencia Desleal** para que la inducción a la terminación regular del contrato pueda considerarse constitutiva de un ilícito de **competencia desleal**, como son el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas. Por otra parte, no existía relación contractual directa entre las actoras y RENFE, por lo que no pudo existir inducción a la terminación regular de tal contrato, y el acuerdo contractual con SOLUZIONE era tan amplio y está redactado en términos tales que también es difícil afirmar que, respecto del mismo, pudiera inducirse a SOLUZIONE a la terminación regular de un contrato, en el que la colaboración entre ambas empresas se preveía además como no exclusiva ni excluyente.

La sentencia apelada no incurre en "argumentaciones meramente formales" en este punto, ni es correcto afirmar, como hace el recurso (f. 1259) que "lo que cuentan son los hechos por encima de las calificaciones jurídicas". Para que pueda estimarse alguna de las acciones del art. 18 de la Ley de **Competencia Desleal** no basta con un mero reproche moral, es necesario que pueda calificarse jurídicamente la conducta objeto del litigio como incurso en alguna de las tipificaciones establecidas en los arts. 5 y siguientes de la Ley de **Competencia Desleal**. Y para que exista una inducción a la terminación regular del contrato prevista en el art. 14.2 de la Ley de **Competencia Desleal** es preciso analizar, en primer lugar, en qué consiste el contrato a cuya terminación regular se dice que se ha inducido, y eso es lo que ha hecho la sentencia apelada al analizar las relaciones contractuales que en la demanda se alega existían entre las actoras, SOLUZIONE y RENFE.

Pero es que además en el recurso las apelantes centran su impugnación en extremos cuya relevancia es escasa o nula a la hora de calificar la conducta de los demandados como desleal desde el punto de vista concurrencial. Que CIMSA no haya comparecido a la confesión no puede desde luego ser utilizado, al amparo del art. 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en perjuicio de otros codemandados distintos de la misma CIMSA, como pretenden las recurrentes, que por otra parte no concretan cuáles serían los hechos perjudiciales para CIMSA que deberían considerarse reconocidos por su no comparecencia a la prueba de interrogatorio. Que CIMSA fuera utilizada o no como pantalla por las personas físicas demandadas, en el sentido de que CIMSA fuera, con carácter previo a la salida de los demandados de SMS, una empresa con una actividad significativa o sólo la tuviera a partir de la entrada en la misma de tales demandados, que fuera una empresa "de papel" que encubre el proceso de independización de los demandados, tampoco es relevante si la actuación a la que hubiera servido de "pantalla" (la salida de las personas físicas demandadas de las sociedades actoras y la captación de uno de los clientes de las actoras) no puede calificarse como de conducta concurrencialmente desleal.

TERCERO.- Centrada la posible deslealtad de la conducta de los demandados en el art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal**, por carecer de una mínima consistencia la infracción de los arts. 12, 13 y 14 a que se hace referencia en la demanda, en la que por otra parte no se insiste en el recurso, ha de afirmarse que, como consecuencia de esa tipificación "restrictiva" de las conductas concurrencialmente desleales que se contiene en la Ley de **Competencia Desleal**, en principio, el hecho de que algunos trabajadores y directivos de una empresa se den de baja en la misma (o, en el caso de alguno de ellos, sea despedido) y funden una nueva sociedad, o pasen a trabajar para una sociedad ya existente, y capten para ésta alguno de los clientes de su anterior empleador con el que mantuvieron contacto directo mientras trabajaban para dicho empleador, no puede considerarse, sin más, como una conducta incurso en el art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal**.

En el caso de autos, la contrariedad objetiva a la buena fe habría consistido en la baja concertada de varios trabajadores de las sociedades actoras, su entrada en una nueva sociedad, y la captación para ésta de un importante cliente de las actoras.

Las alegaciones que se hacen al inicio de la demanda, refiriéndolas de modo genérico a los supuestos en que antiguos trabajadores captan clientes para sus nuevas empresas, en el sentido de que suelen hacerlo llevándose información importante, con la finalidad de imposibilitar a la antigua compañía reaccionar y sustituir a quienes se van, y que el cliente se vea obligado a irse a nueva compañía fundada o reactivada "si es que no ha sido ya previamente captado generalmente mediante la denigración de la propia compañía o el ofrecimiento de exageradas coyunturales mejores condiciones y dedicación", no son concretadas en hechos concretos en relación al supuesto de hecho objeto de la demanda. No se alega qué información se han llevado los demandados, salvo que se pretenda que consista en el conocimiento personal de las necesidades del cliente y la experiencia adquirida por los propios trabajadores, ni qué circunstancia concurrió en la actuación de los demandados que pueda interpretarse en el sentido de que éstos pretendieron impedir que las actoras pudieran reaccionar y sustituir a los trabajadores que se marcharon, ni que la captación del cliente se hiciera cuando todavía no habían abandonado las actoras y aprovechando los medios de éstas, ni en qué consistió la denigración.



Asimismo, las alegaciones que en la demanda se hacen sobre la importancia de los clientes en las empresas de servicios, en las que, se afirma, la clientela adquirida es el principal activo, y la trascendencia que por ello tiene "perder un cliente", no pueden llevar a considerar como desleal la captación de clientela por antiguos trabajadores.

Como afirma la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2006, la constitución de una entidad mercantil por directivos o trabajadores que se han marchado de una empresa, que en el caso de autos no tenían en sus contratos cláusulas de prohibición de competencia, la captación de clientela, el hecho de haber utilizado los conocimientos adquiridos en la antigua empresa, no pueden ser subsumidos en la cláusula general del artículo 5 de la Ley de **Competencia Desleal**, cuya aplicación solo podría basarse en los límites éticos generales, que se reconducen a los buenos usos y prácticas mercantiles, pero que no afectan a la estructura competitiva ni al normal funcionamiento del mercado, lo que no es suficiente para considerar que se ha producido una **competencia desleal**, y habrá de estarse, en su caso, a las conductas tipificadas en concreto, tipificaciones de los arts. 6 y siguientes respecto de las que, como ya se ha dicho, tampoco pueden encuadrarse en ellas la actuación de los demandados.

El Tribunal Supremo ha considerado contraria objetivamente a la buena fe y por tanto incurso en el art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal**, la conducta de trabajadores o directivos que se marchan de una empresa y constituyen o se integran en otra y captan clientes de su antigua empresa, cuando concurren circunstancias muy cualificadas: cuando quienes se marchan se llevan consigo documentación que, sin ser constitutiva de un **secreto industrial o empresarial**, sí constituye información **empresarial** de singular importancia, cuando se ha producido un vaciamiento sistemático de los puestos claves de la empresa que deja a ésta sin capacidad de reaccionar, o cuando antes de marcharse, los directivos o trabajadores comenzaron a desviar clientela para la nueva empresa desde el interior de la empresa que estaban a punto de

En el caso de autos, no se alega con claridad qué información pudieron llevarse los demandados, por lo que hay que concluir que no se les está imputando que se llevaran documentación alguna, sino la información adquirida por su experiencia profesional. Como dice la citada Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2006,

"no pueden ser objeto de **secreto empresarial** aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesionales de carácter general de un sujeto, ni tampoco el conocimiento y relaciones que pueda tener con la clientela, aún cuando dichas habilidades o capacidades se hayan adquirido en el desempeño de un puesto determinado o de unas concretas funciones desarrolladas para un determinado empleador"

Las habilidades, capacidades, experiencia y conocimiento del sector, e incluso de las características y necesidades de determinados clientes, que componen la formación y capacitación profesional del trabajador o del directivo son de libre e incluso necesario uso por el mismo, con el consiguiente aprovechamiento por la nueva empresa que lo emplea o que el propio directivo o trabajador constituye, en el ulterior desarrollo de su vida laboral, normalmente dedicada al mismo sector en el que ha adquirido aquellos valores, siempre que no se haya hecho uso por la empresa de la posibilidad de incluir un pacto de no competencia del art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores. Esas capacidades o habilidades son independientes, por ello, de los **secretos empresariales**, que deben distinguirse de aquellos conocimientos adquiridos por el trabajador y, por tanto, necesarios para hacer uso de su derecho constitucional a desarrollar un trabajo en otra empresa o a fundar él mismo una empresa, aunque sea una empresa de la competencia.

Cualquier medida jurídica que limite gravemente esta posibilidad del trabajador puede entrar en un serio conflicto con estos derechos de los art. 35.1 y 38 de la Constitución. Cuando una empresa no concierta con sus directivos y trabajadores una cláusula de no competencia admitida en el art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores (y en los términos previstos en tal precepto legal), se arriesga a que éstos pasen a trabajar para otra empresa o funden su propia empresa y aprovechen la experiencia y los concretos conocimientos adquiridos en su trabajo anterior. Por tanto, el aprovechamiento por CIMSA de la experiencia y conocimientos acumulados por los demandados cuando trabajaban para las actoras no es desleal.

Tampoco puede entenderse que se produjera un vaciamiento de los cargos clave de las sociedades actoras, puesto que se trató de 8 personas, entre directivos y trabajadores, alguno de los cuales no se dio de baja sino que fue despedido, y no se incorporó siquiera a CIMSA, de un grupo **empresarial** que según se alega en la demanda emplean a unas 200 personas. Consta también, y así se hace constar en la sentencia, que la baja o el despido de los demandados se produjo en un momento de crisis de las actoras, en el que se venían produciendo despidos y situaciones laborales conflictivas (por ejemplo, a la demandada Sra. Clemente no le habían pagado siquiera la nómina del mes de diciembre cuando se dio de baja). Que algunas de esas personas realizaran su trabajo para clientes muy importantes de las demandantes (como era SOLUZIONA,



para determinados trabajos que ésta había contratado con RENFE) no puede privarles del derecho a buscar un futuro profesional mejor ni convierte en desleal su baja de una de las sociedades actoras y su alta en CIMSA. Por otra parte, no todos los demandados estaban dedicados exclusivamente al proyecto que se desarrollaba para SOLUZIONA, en el marco del contrato suscrito por ésta con RENFE, por lo que no puede considerarse que se produjera un vaciamiento de la empresa dirigido expresamente a privarle de un importante cliente.

Por otra parte, no existe tampoco prueba de que los demandados hubieran desviado clientes desde dentro de la sociedad actora hacia la sociedad en la que pensaban integrarse. Y, como se explica en la sentencia, lo ocurrido es que SOLUZIONA estuvo interesada en trabajar con CIMSA para seguir contando con los servicios de las personas que venían trabajando, anteriormente por cuenta de SMS, en el proyecto que realizaba para RENFE, como declaró el Sr. Clemente en el juicio.

Por último, en el recurso se insiste en imputar conductas desleales a quien, como el Sr. Amanda (hermano de la señora antes citada), no existe prueba alguna de su relación con la salida de los demás codemandados y su entrada en CIMSA. Este señor ni se dio de baja en SMS (fue despedido), ni se integró en CIMSA. En el último apartado del escrito de recurso se le pretende seguir implicando en el supuesto complot en base al peregrino argumento, desde el punto de vista jurídico, de que lo acaecido no podría haber sucedido "sin su concurso y liderazgo", afirmación gratuita que carece de otro soporte que la convicción personal de quien lo afirma.

Por todo lo expuesto, el recurso no desvirtúa los acertados razonamientos empleados en la sentencia para desestimar la demanda, por lo que ha de ser desestimado y la sentencia apelada, confirmada.

CUATRO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como se prevé en el núm. 1 del artículo 398 en relación al 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

- 1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de SYSTEMS MAINTENANCE SERVICES EUROPA S.A contra la sentencia dictada el 31 de octubre de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia num.67 de Madrid, en el procedimiento núm. 392/02 del que este rollo dimana.
- 2.- Confirmamos íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponemos a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.