



Roj: **SAP Z 579/2008 - ECLI: ES:APZ:2008:579**

Id Cendoj: **50297370052008100117**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **12/03/2008**

Nº de Recurso: **28/2008**

Nº de Resolución: **144/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00144/2008

SENTENCIA núm. 144/2008

ILMOS. Señores:

Presidente:

D. PEDRO ANTONIO PÉREZ GARCÍA

Magistrados:

D. JAVIER SEOANE PRADO

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

En **ZARAGOZA**, a doce de Marzo de dos mil ocho.

En nombre de S.M. el Rey,

VISTOS por esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de **ZARAGOZA**, en grado de apelación, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 839/2006, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de **ZARAGOZA**, a los que ha correspondido el ROLLO DE APELACIÓN núm. 28/2008, en los que aparece como parte apelante/dte D. GUILLEN NAVARRO CORREDURÍA DE SEGUROS S.L. representado por la procuradora D^a. ADELA DOMINGUEZ ARRANZ y asistido por el Letrado D. RICARDO SOTO GARCIA; y como parte apelada/dda LA ESTRELLA S.A. CIA DE SEGUROS representado por el procurador D. LUIS GALLEGO COIDURAS y asistido por la Letrada D^a. CRISTINA ALCALDE HERRERO; y como parte apelada/dda Fernando Y Asunción representado por la Procuradora D^a PILAR MORELLON USON y asistidos por el letrado D RAUL PALACIN RAMOS, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 16 de julio de 2007, cuyo FALLO es del tenor literal: "FALLO.- Que desestimando la demanda interpuesta por Guillén y Navarro Correduría de Seguros S.L. contra Fernando, Asunción y la Estrella S.A. debo absolver y absuelvo de la misma a la parte demandada.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de el demandante se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.



TERCERO.- Recibidos los Autos y cinta de video, y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 3 de marzo de 2008.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en parte los de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- En el presente procedimiento la Correduría de Seguros "Guillén y Navarro, S.L." demanda a D. Fernando y Dña Asunción , que forman una pareja de hecho y a la compañía de seguros "La Estrella" por **Competencia Desleal**. A tenor de los arts 5 y 12 de la Ley de **Competencia Desleal** se articulan las pretensiones actoras. Considera la demandante que el Sr. Fernando , aprovechando los conocimientos que poseía, como empleado suyo, se dedicó a traspasar una buena parte de la cartera de clientes de dicha correduría a la aseguradora "La Estrella". Violando así el compromiso de confidencialidad suscrito por dicho empleado el 1-9-2004. Y aprovechando que la codemandada Sra Asunción poseía un código como agente , abierto en la también codemandada, "La Estrella".

Infringe así el principio de buena fe (art 5 L.C.D .), al captar para terceros la clientela que poseía su empleador. Y, además, se aprovecha del esfuerzo **empresarial** de su principal, traspasando ese bagaje (cartera de clientes) a un tercero (art 12 LCD).

SEGUNDO.- Se oponen las demandadas, pues argumentan que ningún plan orquestado ha existido para aprovecharse de la clientela de la correduría actora. Por el contrario, una vez despedido el Sr. Fernando como trabajador de "Guillén y Navarro, S.L." fue contratado como Agente afecto por "La Estrella", donde ya tenía como tal, código abierto la compañera sentimental del Sr. Fernando . Pero, en todo caso, el comportamiento de ambos no obedeció sino a la competencia derivada del libre mercado y a la libertad de los tomadores de los seguros de acogerse a quien consideran que les va a dar mejor servicio o en quien tengan depositada mayor confianza. En este caso, en la profesionalidad del Sr. Fernando .

TERCERO.- La sentencia desestima la demanda porque considera que la acción específica por **competencia desleal** ha prescrito. Computa la citada resolución como dies a quo la fecha del burofax que sirve de requerimiento extrajudicial a la demandante, pues allí ya están incluidos y reconocidos los elementos esenciales del acto concurrencial ilícito. De hecho se aportan nominalmente identificadas las pólizas en base a las cuales se entiende cometido aquel ilícito civil. Por tanto, desde el 9 de septiembre de 2005 hasta la fecha de la presentación de la demanda (26-12-06), ha transcurrido en exceso el año al que se contrae el art. 21 L.C.D . Sin que sirvan como interrupción de dicho plazo las diligencias preliminares intentadas sin efecto positivo, como paso previo a la presentación de la presente demanda.

Recorre la parte actora. En cuanto a la prescripción, porque estamos ante hechos continuados en el tiempo, con lo que no se puede aceptar que su consumación tenga lugar en la fecha del meritado burofax. Además, es preciso aplicar el principio "pro actione" y la doctrina jurisprudencial que trata al instituto prescriptorio de manera restrictiva.

En cuanto al fondo, entiende que las pruebas practicadas demuestran la maquinación desleal del demandado y de su compañera, trasvasando en bloque la cartera de "Guillén y Navarro" a la "Estrella", cuando aún aquél era trabajador de dicha correduría; razón por la que fue despedido. No se trataría simplemente de aportar a una nueva compañía a los clientes afectos personalmente al Sr. Fernando , sino utilizar la documentación específica de la correduría con tal fin competencial.

CUARTO.- Centrado así el debate, la primera cuestión a solventar es la relativa a la prescripción de la acción ejercitada. El art. 21 L.C.D . es claro en su redacción. La acción prescribe por el transcurso de un año desde que pudo ejercitarse; es decir, desde que el legitimado tuvo conocimiento de la persona del infractor y -obviamente- del acto ilícito. Principio de la "actio nata" (art 1969C .c.).

Sin embargo, es reiterativa en esta materia la problemática creada por la determinación del dies a quo. Es decir, si hay un acto continuado o sucesivos actos en esa desleal competencia o únicamente un momento concurrencial ilícito. Si ha de atenderse al momento esencial de manifestación externa de ese comportamiento.

Ciertamente que la situación no deja de ser poco clara, con una doctrina jurisprudencial vacilante y contradictoria. Esta sección en sus sentencias de 30 -septiembre de 2005 y de 5 de julio de 2006 se hizo eco de tal situación. Y defendiendo una interpretación restrictiva de la prescripción (doctrina pacífica), llegaba a la conclusión de que la naturaleza adjetiva de aquélla no puede contraponerse frontalmente al principio



constitucional de "seguridad jurídica" (art 9-3-C.E.). De tal manera que en los supuestos en los que la deslealtad se perpetúa en el tiempo (realidad común en el ámbito de la **competencia desleal**), nunca podría fijarse de manera objetiva el día inicial del cómputo prescriptorio, que quedaría a la libre voluntad del presunto perjudicado. Lo que -obviamente- resulta inadmisibles. Lo polémico de la cuestión se refleja en la propia jurisprudencia del Alto Tribunal. Así, Ss. de 25-7-2002, 21-10-2005, 30-5-2005 y 16-6-2000.

La última jurisprudencia muestra una tendencia favorable a identificar acto por acto, al situar -conforme a la inspiración de la norma en el Derecho Alemán- la prescripción como instituto que afecta a la acción y no al derecho. Sin embargo, es preciso atender a la explicación que de ello realiza la S.T.S. 29-12-2006 y seguida en buena medida por la de 29-6-2007. Hay que atender a la clase de acción ejercitada y a la naturaleza del acto que constituye la base fáctica de la deslealtad.

QUINTO.- Así, en el caso que nos ocupa, el hecho que la demanda relata como fundamento de las acciones ejercitadas se concreta en la utilización por parte del que fuera empleado suyo de la documentación confidencial de la correduría, que consistía en los datos de la clientela de la misma. Situación que se perpetuó durante el año 2005, como se deduce del tenor del hecho quinto de la demanda. Concretamente, con posterioridad a septiembre de 2005 (fecha de las comunicaciones escritas entre "G y N" y La "Estrella").

Obviamente, según la doctrina de la citada S.T.S 29-12-2006, esa deslealtad subsistiría, pues La "Estrella" sigue manteniendo clientes que eran de la correduría actora. Sin embargo, el acto competencial ilícito no es el mantenimiento en la cartera de clientes de los que fueron de "G y N", pues no se podría obligar a dichos clientes a volver de La "Estrella" a "G y N". Lo cual parece evidente. No se ejercita la acción de cesación, sino la declarativa e indemnizatoria (art 18 L.C.D.). En su consecuencia, declarar que hubo un traspaso fraudulento de clientes ha de referirse al momento en que se produjo ese trasiego. Y ese momento ha de fijarlo la actora, conforme al Art. 21LCD. Y por lo que acabamos de reseñar, el último dato que ofrece es el de finales de septiembre de 2005 en adelante.

Si la demanda es de diciembre de 2006, habría transcurrido el plazo prescriptorio.

Sin embargo, es necesario atender al propio hecho 5ª de la demanda, cuando relata la necesidad de unas Diligencias Preliminares para concretar ese trasvase de clientela a La "Estrella". Ello nos llevaría a valorar la eficacia de las mismas como fenómeno interruptivo de la prescripción.

En primer lugar, la actora no conocía si en octubre de 2005 había cesado ya el trasvase de clientes que ella configura como el acto desleal, lo que según la última jurisprudencia llevaría a no declarar prescrita la acción.

Pero, en segundo lugar, el ejercicio de aquellas diligencias Preliminares supondría un elemento interpretativo a favor de la conservación de la acción en base a una serie de razonamientos.

Por una parte, porque se trata de actuaciones no caprichosas sino habilitadas por la legislación procesal para preparar debidamente el contenido de la demanda (art 256 LEC). Más aún, cuando ésta precisa de datos que sólo se pueden obtener a través de dichas diligencias.

Por otra parte, dichas diligencias han de incardinarse en el contexto conceptual del "animus conservandi" de la acción, que exige una exteriorización de esa voluntad por parte de su titular, máxime si el "dies a quo" del cómputo del plazo para ejercitar la acción es dudoso. De ahí que la mayoría de la jurisprudencia ha admitido las Diligencias Preliminares como acto de exteriorización de esa voluntad de no abandonar el derecho a accionar. En este sentido, Ss. A.P. Madrid, secc 10 y 12, de 27-1-2006 y 28-6-05, respectivamente y Huelva, secc 1ª de 29-9-2004.

Niega esa eficacia la S.A.P. Alicante, secc. 8ª, de 26-10-2004, cuando aquéllas son desestimadas, en aplicación del Art 944-2 C.com. Sin embargo, esta Sala considera que aún así, negarles eficacia en un caso como el presente (dudas sobre el "dies a quo" y razonabilidad de su petición, al menos desde el planteamiento de la actora), significaría dotar de eficacia prescriptiva a un dubio y contradecir la naturaleza adjetiva de la prescripción.

Por lo que, ha de acabar concluyéndose que en este caso la acción no ha fenecido por ejercicio extemporáneo.

SEXTO.- Entrando ya en el fondo de la cuestión litigiosa, son dos los preceptos en que se basa la actora y apelante. El genérico art 5 L.C.D.: cláusula general de comportamiento acorde a la buena fe. Y el art 12 : aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

Antes de individualizar el estudio de cada una de las causas de pedir, sí que procede recordar que la L.C.D. realiza tipificaciones muy restrictivas, puesto que nuestro sistema económico parte del principio de libertad de empresa, de competencia y funcionamiento concurrencial en el mercado, para que el consumidor o cliente



pueda elegir el producto que más le interese, confrontando calidades y precios (S.T.S. 5-junio-1997). Por lo tanto, no por ser incómodas las prácticas concurrenciales han de recibir el calificativo de desleales

(S.A.P. **Zaragoza**, secc 5ª, 18-3-2005).

Entrando ya en el aprovechamiento de la reputación ajena, esta Sala entiende que seguramente la actora quiere hacer referencia al aprovechamiento del "esfuerzo ajeno" del Art 11-2 del mismo texto legal. No se denuncia aquí el aprovechamiento de la reputación de "G y N", sino la utilización de los elementos creados con su esfuerzo **empresarial**. Es decir, la cartera de clientes. Este es el núcleo de la discusión jurídica. Si el trabajador de "G y N" aprovechó esa situación para -en connivencia con su compañera y la aseguradora La "Estrella"- derivar esa clientela hacia esta última.

SEPTIMO.- Esto nos remite al tan reiterado tema de la "lista de clientes" y al de la formación de una empresa competidora de la primera por antiguos trabajadores suyos. La jurisprudencia ha reiterado que el listado de clientes no constituye un **secreto empresarial**. Como ha recogido este tribunal en diversas ocasiones, "No es inhabitual en la jurisprudencia el hecho de que trabajadores de una empresa creen otra dedicada a la misma actividad entrando en competencia con la primera. No cabe duda de que se trata de un fenómeno lógico en la dinámica competencial y de un proceso humano perfectamente lícito y comprensible. La búsqueda de la autonomía profesional y de la iniciativa **empresarial** está en el núcleo de una sociedad basada en los principios occidentales de economía de mercado y de respeto a la libertad individual, agilizando y dinamizando el marco **empresarial** en que se va a competir con ofertas novedosas que repercutirán en un avance del sector.

Así, las SS. T. S. de 11 de octubre de 1999, 25 de octubre de 2000, 1 de abril de 2002 y 26 de julio de 2004 , consideran perfectamente lícito y no se puede impedir (salvo cláusula de "no concurrencia") que un empleado deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante en otra empresa".

Ocurre que al dirigirse el empleado o ex-empleado al mismo sector de clientela se produce o puede producir un trasvase de clientes de la empresa empleadora a la del ex-empleado, lo que afecta a un elemento crítico y muy sensible de toda empresa: "la clientela".

Es ya constante la calificación del listado de clientes no como un "**secreto empresarial**", desde la paradigmática S.T.S. 29-octubre 1999 . Su uso puede ser antijurídico si se hace en contra de los dictados de la buena fe. Como ha reproducido la S.T.S. 8 -octubre-2007 , "En principio, la lucha por la captación de la clientela es lícita y razones de eficiencia económica la justifican. La deslealtad ha de derivar de los medios utilizados." De tal manera - concluye- que el uso del listado de clientes, precios, etc., no parece que merezcan una especial protección por ser **secretos** o confidenciales. Los ex-empleados han podido acceder a ellos sin especial obligación de reserva, que no ha de extenderse a los conocimientos y relaciones que hayan adquirido en el desempeño de sus funciones. En esta misma línea los Ss. de esta Sala, 6/02, de 9 de enero y 126/07, de 27 de febrero .

En su consecuencia, la infracción de la lealtad competencial estará en averiguar si el Sr. Fernando y los otros codemandados urdieran un plan para recoger clientela de la correduría actora mientras aquél seguía siendo empleado de la misma; o si, por el contrario, el Sr. Fernando , con la colaboración de su compañera, utilizó su propio prestigio profesional una vez despedido de "G y N", para desarrollar su trabajo de agente afecto de una aseguradora.

La S.T.S. 21 -octubre-2005 concreta:

"La buena fe objetiva exige un comportamiento justo y honrado, conforme a los valores de la moral, honestidad y lealtad... La competencia no es leal cuando, sin más, contraviene la buena fe de mercado concurrente, o se actúa vulnerando los elementales principios de respeto a lo ajeno, o se obtengan logros no por el esfuerzo propio, sino por la apropiación de los así conseguidos por los demás".

OCTAVO.- La prueba practicada recoge como hechos no discutidos que el Sr. Fernando trabajó como agente o mediador para la correduría "Comín" desde 1991 a 1998. Posteriormente desde 1998 a Noviembre de 2004 con "G y N". Su compañera sentimental tenía código como agente de Mapfre desde octubre de 1986 y con la Estrella desde septiembre de 2004 .

Al Sr. Fernando se le hizo firmar el 1-9-04 un documento de seguridad o compromiso de confidencialidad. El 15-noviembre- 2004 recibe la carta de despido por razones económicas, descenso en la cifra de producción. El 31-marzo de 2005 es contratado con La Estrella.

En septiembre de 2005 "G y N" ha recopilado datos de sus bajas, como para intuir que ha existido la maquinación que denuncia en su demanda.

Si ponemos en relación toda esta cronología con los principios jurídicos antes enumerados y tenemos en cuenta las manifestaciones escritas de clientes que pasaron de la correduría a la aseguradora, hay que concluir



que no existen elementos que unan con el preciso enlace causal el cambio de los tomadores de seguro con una actividad ilícita del Sr. Fernando . No consta que mientras era trabajador de "G y N" actuara a sus espaldas y en contra de sus intereses legítimos.

NOVENO.- Únicamente se plantea como dudoso el comportamiento de la compañera del Sr. Fernando , la codemandada, Sra. Asunción .

Es decir, si ya durante el compromiso laboral del Sr. Fernando con "G y N", aquélla se aprovechó de los datos que éste le facilitó, para ir pasando clientes de la correduría a la aseguradora "La Estrella", vaciando -pues- desde dentro la cartera de clientes de una a favor de la otra.

La existencia de ese comportamiento no ha sido acreditado. Para ello hubiera sido preciso que un cierto número de clientes de la correduría hubieran admitido conversaciones en tal sentido, bien con el Sr. Fernando , bien con la Sra. Asunción en los momentos en los que aún aquél seguía trabajando en la correduría. Asimismo, que las primas y condiciones que obtendrían con la nueva situación les resultaran más beneficiosas que a través de "G y N". De ahí podría deducirse que la Sra. Asunción contactó en ese momento con clientes de su compañero, a través de datos que este le facilitara, para eliminarlos de la cartera de la correduría.

Mas esa prueba no existe. La testifical del representante de "Reale" no concreta fechas.

El Sr. Fernando fue despedido por caída de cartera a finales de 2004, cuando aún no constaba ningún movimiento extraño de pólizas ni de anulaciones. No consta otra causa para el despido -aunque se afirme que lo real fue un inadecuado comportamiento-.

Después del despido, perfecta y lícitamente pudo rehacer su vida profesional utilizando sus capacidades comerciales para ampliar su cuota de mercado que -necesariamente- limitaría la de otros.

DECIMO.- La consecuencia de todo lo expuesto es la desestimación del recurso. En un tema de límites como el presente, la carga de probar los hechos que configurarían los tipos de la **competencia desleal** le correspondía a la parte actora. Ni siquiera intentó contactar con sus clientes. (Cerca de 300) para comprobar cómo, cuándo y por qué elegían otra vía aseguradora de sus intereses. No hay, por tanto, razones especiales para aplicar la excepción de los arts 394 y 398 LEC .

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de correduría "Guillén y Navarro S.L.", debemos confirmar la sentencia ya reseñada. Con expresa condena en costas a la parte apelante.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.