



Roj: **SAP M 15242/2012 - ECLI: ES:APM:2012:15242**

Id Cendoj: **28079370282012100229**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **17/09/2012**

Nº de Recurso: **518/2011**

Nº de Resolución: **249/2012**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00249/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

t6

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 518/2011

Materia: Competencia Desleal.

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº .6 de Madrid

Autos de origen: juicio ordinario nº 1553/2007

SENTENCIA Nº 249/12

En Madrid, a 17 de septiembre de 2012.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 518/2011, los autos del procedimiento nº 1553/2007, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, el cual fue promovido por MORERA Y VALLEJO, CORREDURÍA DE SEGUROS SA y MULTIBROKER INTERNACIONAL CORREDURÍA DE SEGUROS SA contra HOWDEN IBERIA SA, siendo objeto del mismo acciones en materia de competencia desleal.

Han actuado esta segunda instancia en representación y defensa de las partes, el procurador D. Ignacio Cuadrado Ruescas y el letrado D. Ricardo Rebate Labrandero por HOWDEN IBERIA SA y el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y el letrado D. Bosco Cámara Pellón por MORERA Y VALLEJO, CORREDURÍA DE SEGUROS SA y por MULTIBROKER INTERNACIONAL CORREDURÍA DE SEGUROS SA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 24 de octubre de 2007 por la representación de MORERA Y VALLEJO, CORREDURÍA DE SEGUROS SA y de MULTIBROKER INTERNACIONAL CORREDURÍA DE SEGUROS SA contra HOWDEN IBERIA SA, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba se dictase sentencia por la que se declarase:

1."Declare que la conducta realizada por HOWDEN IBERIA, S.A. constituye competencia desleal frente a MORERA Y VALLEJO, CORREDURIA DE SEGUROS, S.A. y



MULTIBROKER INTERNACIONAL CORREDURIA DE SEGUROS, S.A.

2. Condene a la demandada a pasar por la anterior declaración y a cesar de manera inmediata en dicha conducta

desleal, prohibiéndole la realización de la misma en el

futuro.

3. Condene a la demandada a resarcir a mis mandantes por los daños y perjuicios causados, en la cuantía de 1.132.122,5 Euros a favor de MORERA Y VALLEJO, Correduría de Seguros, S.A. y de 630.594,31 Euros

a favor de MULTIBROKER INTERNACIONAL, Correduría de Seguros, S.A.

4. Ordene la publicación de la Sentencia a costa de la demandada, mediante dos anuncios en dos revistas del sector asegurador de tirada nacional, a elección de la actora.

5. Condene a la demandada al pago de las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid dictó sentencia, con fecha 2 de marzo de 2011 , cuyo fallo era del siguiente tenor:

"Que debo ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de MORERA Y VALLEJO, CORREDURIA DE SEGUROS, S.A. y MULTIBROKER INTERNACIONAL CORREDURIA DE SEGUROS, S.A. contra HOWDEN IBERIA, S.A. representada por el procurador D. Ignacio Cuadrado Ruescas y en su virtud debo DECLARAR Y DECLARO que:

1. La conducta realizada por HOWDEN IBERIA, S.A. constituye competencia desleal frente a MORERA Y VALLEJO, CORREDURIA DE SEGUROS, S.A. y MULTIBROKER INTERNACIONAL CORREDURIA DE SEGUROS, S.A.

2. CONDENO a la demandada a pasar por la anterior declaración y a cesar de manera inmediata en dicha conducta desleal, prohibiéndole la realización de la misma en el futuro.

3. CONDENO a la demandada a resarcir a las actoras por los daños y perjuicios causados, en la cuantía de 1.132.122,5 E a favor de MORERA Y VALLEJO, CORREDURIA DE SEGUROS, S.A. y de 630.594,31 E a favor de MULTIBROKER

INTERNACIONAL CORREDURIA DE SEGUROS, S.A.

4. ORDENO la publicación de la Sentencia a costa de la demandada mediante dos anuncios en dos revistas del sector asegurador de tirada nacional, a elección de la actora."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes por la representación de HOWDEN IBERIA SA se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte, ha dado lugar, tras la recepción de los autos con fecha 12 de septiembre de 2011 ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, a la formación del presente rollo, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La sesión de deliberación del asunto se celebró con fecha 13 de septiembre de 2012.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad HOWDEN IBERIA SA discrepa de la solución que ha obtenido en primera instancia el litigio suscitado por la demanda planteada en su contra por parte de las entidades MORERA Y VALLEJO, CORREDURÍA DE SEGUROS SA y de MULTIBROKER INTERNACIONAL CORREDURÍA DE SEGUROS SA en el ejercicio de la acciones declarativa de actuaciones de competencia desleal, indemnizatoria y de publicación de sentencia.

En la demanda se invocaban como actuaciones constitutivas de competencia desleal, esgrimiendo tanto el artículo 14 (en concreto su nº 2, tal como se explicitaba, y finalmente aclaraba, en la página 41 de la demanda - folio 42 de autos) como el artículo 5 de la LCD (en su versión anterior a la reforma por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, con la que ha pasado a integrarse en el vigente artículo 4 de dicho cuerpo legal), la inducción a trabajadores y a clientes a desvincularse de sus contratos con la actora, incluso a costa de ignorar los compromisos de no competencia contraídos por aquéllos, en una operación orquestada de captación de los mismos por parte de la demandada a costa de la desestabilización de la demandante. Hemos de señalar que no



se alegaba en ella el tipo de denigración (artículo 9 de la LCD) al que también se alude en el escrito de oposición al recurso, por lo que este tribunal no podrá entrar al análisis de su concurrencia, ya que ello entrañaría un planteamiento novedoso, lo que está vedado en la segunda instancia, donde no se autoriza la resolución sobre cuestiones distintas de las suscitadas inicialmente, tanto en lo que se refiere a los hechos (questio facti) como en lo relativo a los problemas jurídicos oportunamente deducidos (questio iuris) dado que ello se opone al principio general "pendente appellatione nihil innovetur" (artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), habiendo señalado la jurisprudencia (entre las más recientes, las sentencias de la Sala 1ª del TS 95/2007, de 30 de enero y 1010/2008, de 30 de octubre) que el concepto de pretensiones nuevas comprende no sólo las que resulten totalmente independientes de las planteadas ante el tribunal "a quo", sino también las que suponen cualquier modo de alteración o complementación de las mismas. El debate no podrá desbordar, por lo tanto, el ámbito de los ilícitos concurrenciales de inducción a la terminación de contratos o el aprovechamiento de la infracción contractual ajena (artículo 14.2 de la LCD) o del expolio desleal contrario a la cláusula general de exigencia de buena fe (artículo 5 de la LCD , en su versión anterior a la reforma por Ley 29/2009)

Hemos de reseñar que no se ha insistido en esta segunda instancia en la excepción de prescripción que inicialmente se opuso en la demanda, por lo que consideramos consentida por la parte demandada la desestimación de aquélla.

Analizaremos, por lo tanto, a continuación, antes de abordar otros aspectos, los reparos procesales que la apelante opone a la resolución del juzgado que le ha resultado adversa, para abordar con posterioridad el debate que se suscita sobre la concurrencia del tipo infractor aducido así como las consecuencias condenatorias que de él deberían deducirse (resarcimiento y publicación de sentencia).

SEGUNDO.- La parte apelante imputa dos deficiencias de índole procesal a la resolución apelada, a la que reprocha carencia de motivación e incongruencia.

Aunque en la redacción de la sentencia se pudiera haber sido bastante más preciso a la hora de elaborar su discurso jurídico, lo cierto es que en su tenor literal están explicitados los hechos relevantes y se asigna a los mismos la consideración de ilícito concurrencial del artículo 14 de la LCD . Asimismo se exponen, aunque de modo ciertamente parco, las consecuencias legales que merece tal conducta. No se trata de un modelo de profundidad en el análisis del comportamiento tachado de desleal ni está a la altura del debate sostenido por las partes, pero cumple, cuando menos, los mínimos de motivación para entender satisfecho el requisito exigido por el artículo 218.2 de la LEC . La jurisprudencia ha considerado que debe estimarse que concurre motivación suficiente, para satisfacer con ello las finalidades de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir así su eventual control jurisdiccional, siempre que la argumentación de la sentencia sea racional y no arbitraria y no incurra en un error patente (pues entonces no cabría decir que se hallaba fundada en Derecho - STC de 20 de diciembre de 2005), aun cuando la fundamentación jurídica pudiera calificarse de discutible - sentencias de la Sala 1ª del STS de 20 de diciembre de 2000 , de 12 de febrero de 2001 y 4 de febrero de 2009 - , sin que ello imponga el deber de realizar un discurso extenso ni de dar una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, bastando con que la respuesta judicial esté razonada en Derecho y ofrezca un enlace lógico con los extremos sometidos a debate (sentencias de la Sala 1ª del TS de 4 de diciembre de 2007 , 13 de noviembre de 2008 , 30 de julio de 2008 y 4 de febrero de 2009).

En la resolución apelada se incurre, en cambio, en un patente defecto de incongruencia por exceso, puesto que se condena a la parte demandada al pago de una indemnización en una cantidad superior a la finalmente pedida, ya que se obvió en ella que la parte demandante había rebajado su petición indemnizatoria (por el capítulo de lucro cesante la redujo de un total, para ambas demandantes, de 1.700.246,07 euros a 1.446.557,31 euros). No existe, por lo tanto, la debida correlación entre lo suplicado y lo decidido, sino que medió un desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que la parte demandante había formulado sus pretensiones. La concesión por el juzgador de más de lo pedido (ultra petitum) supone la incursión de la resolución apelada en incongruencia procesal (artículo 218.1 de la LEC).

Aunque en relación a la incongruencia omisiva la jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS 12 de noviembre de 2008 , 16 de diciembre de 2008 y 28 de junio de 2010) ha señalado que resulta imprescindible, antes de utilizar la vía del recurso, para poder denunciar la posible infracción procesal que hubiera podido ser cometida (artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), utilizar en la primera instancia el trámite de la solicitud del complemento de resoluciones, al amparo del artículo 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no parece predicable un requisito similar para los problemas de incongruencia por exceso (ya que ello no equivale al mero error material al que se refiere el artículo 214 de la LEC). De manera que consideramos admisible su denuncia directa vía recurso de apelación.



TERCERO.- Los hechos relevantes para el enjuiciamiento de la litis se resumen en los siguientes: entre los meses de septiembre y noviembre de 2006 un total de trece trabajadores de la parte demandante dejaron su puesto con destino a la entidad demandada, HOWDEN IBERIA SA, la cual opera en el mismo sector de intermediación de seguros. Pese a tener suscritas (al menos nueve de ellos) cláusulas de no competencia con su anterior empresario, dichos trabajadores comenzaron a prestar de inmediato servicios para su nueva empleadora en el mismo ramo de negocio, con lo que se produjo un significativo desplazamiento de clientela a favor de la demandada (entre otros, de Inversiones Odin SA, Casatempo SL, Spinnilo Hogar SL, Madritex Hogar SL, Spacio Repor SL, Seyber Representaciones SL, Sánchez Bonilla SA y Pediatras de Madrid SL - documentos nº 43 a 51 de la demanda, folios 315 a 324 de autos -, reseñándose en el dictamen pericial aportado con la demanda la pérdida de hasta veintidós clientes), contra lo que la parte actora no pudo reaccionar porque había resultado desmantelada una parte muy significativa de su estructura comercial (la demandada se llevó al 50 % de los trabajadores del ramo comercial de MORERA Y VALLEJO, CORREDURÍA DE SEGUROS SA, lo que incluía la totalidad del equipo de Madrid y la reducción a la mitad del de las oficinas de Valencia y Sevilla, y al 33% del personal de Sevilla de una entidad perteneciente al mismo grupo, la otra demandante, MULTIBROKER INTERNACIONAL, SA).

En la entidad demandada se debía ser consciente de tal situación, porque se comenzó por el fichaje del que hasta primeros de septiembre de 2006 había venido siendo el director general de la parte demandante, D. Raimundo (que pasó a ser vicepresidente y consejero-delegado de HOWDEN IBERIA SA), y a partir se ahí se produjo la sucesiva incorporación a la misma, en un corto período de tiempo (prácticamente un trimestre - véanse los folios nº 132 a 150 y 754 de autos), del personal (otras doce personas) que constituía la infraestructura comercial de la parte demandante (a finales de septiembre de 2006 los directores de las oficinas de Madrid, Barcelona y Valencia -Sres. Juan Francisco , Pascual y Juan Ramón -, a primeros del siguiente mes de octubre los cuatro empleados que constituían la totalidad de la plantilla comercial de Madrid -Sres. Domingo , Jorge , Urbano y Anibal - y en los subsiguientes noviembre y diciembre otras tres comerciales más - Sres. Gervasio , Pelayo y Jesús Carlos), además de dos administrativas (las Sras. Lorena -oficina de Sevilla- y María Consuelo -oficina de Valencia), no pudiendo ignorarse por HOWDEN IBERIA SA, dados los privilegiados conocimientos que tenía el Sr. Jesús Carlos , que había ejercido en ella un puesto de máxima responsabilidad, sobre su precedente empleadora, que dichos trabajadores estaban vinculados por cláusulas de no competencia con su anterior empresario, pese a lo cual captaron clientes de éste para su nueva empresa, ni desconocer que con ello se ocasionaba una desorganización de primer orden a la parte actora, a la que se le desmantelaban sus equipos comerciales en zonas importantes.

Se han aportado pruebas, además, que revelan cuál era el designio de la demandada, como la carta (documento nº 54 de la demanda - folios 331 y 331 de autos) y la declaración testifical en el acto del juicio de D. Julián , comisionista del sector de joyerías, en las que se señalaba que dicho personal trasvasado de una a otra entidad (en concreto los Sres. Jesús Carlos y Gervasio) realizó de inmediato actuaciones para conseguir que clientes de la demandante pasaran serlo de HOWDEN IBERIA SA; o el revelador correo electrónico remitido el 8 de octubre de 2006 por D. Raimundo (folios nº 752 y 753 de autos) donde éste insinuaba cuáles eran sus intenciones futuras para acometer un nuevo proyecto (sus manifestaciones literales dirigidas a D. Juan Miguel , entonces presidente de las entidades demandantes, fueron las siguientes: "Los próximos meses podrán ser duros, o podrán ser un infierno, la elección será de ambos. Nunca querré construir un proyecto nuevo sobre las cenizas de aquél que ayudé a forjar, pero he de buscar un mínimo equilibrio que me ayude en los principios, y después me lleve a mundos nuevos//. Hagamos lo posible por conciliar nuestra ira con nuestra razón para darle una lección a este sector, que con saña espera que nos destrocemos.").

CUARTO.- La apelante clama en su recurso porque le sea explicitado dónde radicaría la explicación de que se calificase de desleal un comportamiento que, en su opinión, podría justificarse como una maniobra de lícita competencia efectuada contra la parte contraria, ya que resultaría concebible que pudiera reclutarse a trabajadores de la competencia y que los clientes pudieran cambiar periódicamente de correduría eligiendo de entre todas las que hay en el mercado. Este tribunal procurará satisfacer tal pretensión, abordando con más profundidad un debate que fue zanjado con cierta parquedad en la primera instancia.

No es desleal pretender arrebatarse la clientela a un competidor; al contrario, es acorde a la ley del mercado siempre que ello se haga mediante el empleo de medios lícitos. La clientela no es un patrimonio del empresario ni es un bien jurídico que deba permanecer al margen del proceso de selección que implica la competencia. Ahora bien, el ataque a la posición adquirida en el mercado por otro competidor será lícito en la medida en que ello lo justifique la mayor eficiencia del competidor y no lo será cuando simplemente sea fruto de su habilidad para interferir en la actividad de otro. La Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (LCD -que sufrió una importante reforma por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, si bien debemos atenernos, en atención a los hechos que enjuiciamos, a su redacción anterior), sienta reglas que pretenden velar por ese principio, tratando de establecer límites entre lo admisible y lo inadmisible en el ámbito concurrencial.



Tampoco es ilícita la captación de trabajadores cualificados en empresas de la competencia. La oferta de unas mejores condiciones de trabajo debe considerarse como legítima desde el punto de vista de la competencia y no es suficiente por sí sola para fundar el juicio de deslealtad. Ejercer influencia sobre otra persona para determinarle a finalizar regularmente una relación contractual en la que es parte o que se produzca un simple aprovechamiento de la infracción contractual ajena no supondría por sí sólo un acto de competencia desleal, sino que se exigiría además que se empleasen medios reprobables para conseguirlo (el engaño) o que se persiguiese una finalidad inadmisibles (la divulgación o la explotación de secretos empresariales o la expulsión del competidor del mercado u otras circunstancias análogas, como lo sería, por ejemplo, según está doctrinalmente analizado, causar una muy relevante desorganización de la empresa rival).

Pues bien, lo significativo del presente caso es el ejercicio de inducción sobre trabajadores de otro empresario para que finalizasen su relación con él y se viniesen a otra empresa, desmantelando con ello el departamento comercial del competidor. La secuencia de hechos, en función de su rapidísimo desencadenamiento y mecánica operativa, pone de manifiesto, desde una comprensión racional de lo acaecido, el empleo de la técnica de inducción sobre ellos para obrar de ese modo. Es más, se consiguió también que dichos trabajadores, pese a que estaban comprometidos con cláusulas de no competencia con su antiguo patrono, arrastrasen un significativo bloque de la clientela que venía manteniendo relaciones contractuales con la parte actora.

Ya hemos explicado que es lícito el fichaje de personal en empresas de la competencia, pero también hemos matizado que ello es así siempre que con ello no se desborden determinados límites que suponen incurrir en deslealtad. Esto último ocurre cuando ello se hace al precio de que el personal del competidor vulnere los compromisos contractuales previamente contraídos con él en un contexto en el que resulta patente que se causa grave desorganización a éste.

En el presente caso no encontramos ante una empresa como la demandada, filial de un importante grupo internacional, que consigue expandirse en España (donde tenía una discreta plantilla de cinco trabajadores que pasaría a convertir en más del triple) en el sector de la mediación de seguros merced al desmantelamiento de la infraestructura comercial de otra empresa española que gozaba de importante implantación en ese ramo y al aprovechamiento de la infracción contractual cometida por los empleados de la misma, causando una grave desestabilización a dicha entidad competidora. Con ese tipo de conductas no se supera al competidor en un ejercicio de eficiencia empresarial, sino que se persigue arrebatarle por medios ilícitos la posición que éste había alcanzado con su propio esfuerzo en el mercado.

El comportamiento de la parte demandada tiene adecuado encaje en el nº 2 del artículo 14 de la LCD , tanto en la modalidad de inducción a la terminación a trabajadores y a clientes de sus vinculaciones contractuales con la parte actora como en la de aprovechamiento de la infracción contractual ajena (la de las cláusulas de no competencia de los extrabajadores de la parte actora), ambas conductas en un contexto de desencadenamiento de forma consciente de una relevante desorganización a la infraestructura comercial del competidor. Es por todo ello que está justificado que se reproche a la demandada la realización de actuaciones de competencia desleal. Existen precedentes jurisprudenciales de comportamientos análogos que han motivado la condena por competencia desleal, si bien es cierto que en atención a las peculiaridades de cada caso y a lo postulado por las partes la calificación del ilícito ha oscilado entre el tipo antes señalado y la infracción de la cláusula general que reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (sentencias de la Sala 1ª del TS de 19 de abril de 2002 , 3 de julio de 2006 , 8 de octubre de 2007 , 11 de marzo de 2009 y 8 de junio de 2009).

QUINTO.- La apelante muestra su disconformidad con la indemnización cuyo pago le ha sido impuesto en la resolución apelada tanto en lo que respecta al resarcimiento del daño emergente (que habría de contemplar las pérdidas efectivamente sufridas y los desembolsos efectuados en atención al daño sufrido) como del lucro cesante (que habría de comprender las ganancias dejadas de obtener).

La partida de daño emergente responde en el presente caso al coste de selección y formación de nuevos trabajadores por parte de la demandante para suplir a aquéllos de los que le privó la parte contraria. La fijación de un resarcimiento económico tiene pleno sentido, pues la parte demandante ha tenido que soportar desembolsos económicos para constituir un nuevo equipo de trabajo. El dictamen pericial emitido por el economista y auditor Sr. Gumersindo señala una cuantificación de tal partida que consideramos bastante objetiva, pues partiendo, como señaló en su declaración en el acto del juicio, de datos contables, y no de meras estimaciones, computa los gastos de formación debidamente contabilizados y adiciona a ello, en concepto de coste de selección, el 50% de lo que ha pagado la empresa al director de recursos de humanos, que habría que tenido emplearse preferentemente en tal labor. No puede deducirse de ello ninguna partida en concepto de formación continua, como pretende la recurrente, pues ese es un coste que correspondería a un equipo ya formado, para garantizar su reciclaje, diferente al causado, en el momento inicial, sobre el personal de



nueva incorporación. Como se desprende del dictamen pericial lo valorado va referido a costes del personal incorporado desde octubre de 2006 a mediados de 2007, reseñando la identidad de los contratados y la fecha de alta en la empresa, lo que avala con datos concretos la objetividad de la labor del perito. El resultado es de 62.470,87 euros (21.017,98 de MORERA Y VALLEJO + 41.452,89 de MULTIBROKER INTERNACIONAL) que este tribunal considera, por lo tanto, que fue correctamente concedido en la resolución apelada.

Asimismo, entre los daños y perjuicios ocasionados por el acto desleal cuyo resarcimiento autoriza a reclamar la LCD (artículo 18.3º de dicho cuerpo legal , que ha pasado al artículo 32.1.5ª tras la reforma por Ley 29/2009), queda comprendida la ganancia dejada de obtener, tal como por regla general contempla el artículo 1106 del C. Civil . Pues bien, la partida de lucro cesante fue estimada por el perito en 1.446.557,31 euros y a su crítica dedica buena parte de su escrito la apelante.

La cuantificación del incremento patrimonial que la conducta de la parte demandada haya impedido que pudiera ser obtenido por la actora, por más que sea preciso tratar de objetivarlo, para no incurrir en una indemnización que desapegada a la realidad respondiese al mero "sueño de ganancias", entraña, ineludiblemente, la realización de una estimación de lo que, según el curso normal de las cosas, debería haberse percibido de no haber sufrido la infracción cometida por la parte demandada (lo que implica la realización de apreciaciones prospectivas fundadas en criterios objetivos de experiencia, según señala la Sala 1ª del TS en sus sentencias de 14 de julio de 2003 y de 31 de octubre de 2007). Ello fuerza a trabajar con hipótesis, pero que se sustenten como punto de partida en datos objetivos que permitan extraer, según una operación intelectual que atienda a lo que probablemente debería haber ocurrido si los acontecimientos se hubiesen desarrollado sin interferencias del infractor, conclusiones razonablemente verosímiles sobre lo que se habría dejado de ganar.

En el presente caso se trataba de calcular el beneficio que por el normal desarrollo de su actividad hubiese obtenido la parte actora si no hubiese mediado la ilícita interferencia de la contraparte. Resulta esencial para ello partir del cálculo de las comisiones que por su labor de intermediación hubiese previsiblemente percibido la parte demandante (y no un estudio de la incidencia en los resultados empresariales de otras operaciones inversoras o financieras, sobre lo que también se propuso prueba pericial, cuando no es eso precisamente lo que aquí interesaba), como se ha hecho a través del dictamen del perito el economista y auditor, Don. Gumersindo , que aportó la parte demandante y sobre el que ha volcado sus críticas la parte apelada. Vamos a deslindar, a continuación, entre las que de éstas consideramos justificadas y las que no.

Comenzando por las no justificadas, hemos de señalar que no consideramos que suponga excusa para justificar una minoración de la indemnización el que se aduzca que hubo empresas de la clientela que tenían vinculaciones personales o fidelidades creadas con los empleados que pasaron de una a otra entidad, cuando hemos calificado de reprobable, desde el punto de vista concurrencial, el aprovechamiento de la infracción contractual cometida por éstos para con su empresa anterior.

Por otro lado, aunque la parte demandante convino con el perito en deducir de su valoración pericial la incidencia económica de la pérdida de determinados clientes concretos que se comprobó durante el proceso que no pasaron a HOWDEN IBERIA SA, consideramos ociosa la polémica suscitada respecto a quién debería probar a dónde fueron a parar todos y cada uno de los clientes que perdió la parte demandante. Porque ya hemos señalado que el comportamiento desleal de la demandada entrañó el desencadenamiento de un caos organizativo en los departamentos comerciales de la parte actora, con lo que el perjuicio ocasionado no sólo estriba en lo que ello favoreció directamente a la demandada a costa de la demandante (pues no se trata de indemnizar por el enriquecimiento injusto de aquélla) sino también en todo aquello en que simplemente se le perjudicó a ésta como resultado de la situación creada por el comportamiento desleal. Se ha de indemnizar, en la medida de lo reclamado, toda la ganancia dejada de obtener como consecuencia de la desorganización ocasionada a la parte actora fruto de una conducta desleal y ésta ha proporcionado los datos de cómo se resintió su cartera de clientes en los momentos siguientes a sufrir la maniobra de competencia desleal, sin que entendamos que, conforme a las exigencias del nº 2 del artículo 217 de la LEC , tuviera que demostrar nada más que eso. Existía una fuente de ganancia con anterioridad al sufrimiento de daño y la producción de éste vino a interferir en ella, por lo que justo es que sea completamente indemnizada por ese motivo.

Aunque la apelante critica que el perito baraje un período medio de permanencia de clientes que considera contingente, lo cierto es que el cálculo del lucro cesante conlleva la necesidad de realizar estimaciones para averiguar lo que razonablemente debería haber ocurrido en el decurso normal de los acontecimientos, aunque no se pueda tener la cereza absoluta de que ello necesariamente se hubiese producido. Por lo tanto, precisamente por las peculiaridades del sector, nos parece razonable que el perito economista, Don. Gumersindo , utilizase datos históricos sobre los períodos de permanencia de los clientes para poder proyectar las hipótesis de futuro de las que extrae el cálculo de las comisiones dejadas de percibir. Como señaló, por otro lado, el perito economista y actuuario de seguros D. Juan Pedro , los tipos de pólizas de seguros con los que



trabaja la parte demandante responden a criterios de fidelidad media, no siento ahí tan volátil la operativa como en otros tipos de aseguramientos (automóvil, etc). Considera por ello este tribunal que los lapsos temporales de estabilidad que detalla en su dictamen el perito economista, Don. Gumersindo , no se revelan como excesivos (en torno a los tres años, aunque según el tipo concretos de pólizas señala algunos inferiores y otros superiores). Por lo tanto la estimación realizada responde por este concepto a una hipótesis sustentada en una base objetiva que justifica su utilización para fijar la indemnización.

Hora es de abordar ya la crítica de la recurrente en aquellos aspectos en los que la estimamos justificada. En primer lugar, alega la apelante la posible existencia de duplicidades en el cálculo de las comisiones a percibir por cada una de las actoras. Aunque sobre este aspecto fue interrogado el perito Don. Gumersindo en el acto del juicio, no nos parece satisfactoria la explicación que da al hecho de que conforme a los anexos de su informe (folio nº 385 de autos) se detecten comisiones a favor de ambas demandantes sobre un mismo cliente y número de póliza que supondrían en algunos casos más de un 50 % de la prima del seguro. Cuando los dos peritos que han intervenido en el proceso se refieren a que la comisión del corredor ronda, como media, el 20% no nos parece razonable alcanzar un porcentaje tan elevado como el citado con anterioridad, ni tan siquiera por la eventual repercusión del rápel o bonificación de baja siniestralidad al que se refirió el perito Don. Gumersindo . Consideramos, por lo tanto, que le asiste la razón a la recurrente cuando denuncia que se habrían sumado en el dictamen conceptos incompatibles, al haberse detectado facturaciones cruzadas entre ambas demandantes por haber actuado una de ellas (MULTIBROKER INTERNACIONAL CORREDURÍA DE SEGUROS SA - MBI) como mayorista y la otra (MORERA Y VALLEJO, CORREDURÍA DE SEGUROS SA - MB) como minorista (cuando ello todavía no lo impedía la legislación entonces vigente) y constatarse la existencia de clientes comunes; si hubiese mediado reparto de la correspondiente comisión lo que no cabría es sumar al total de la misma la porción luego cedida entre las partes. Hacemos nuestro, por ello, el cálculo que señala la apelante, de manera que deducidas las duplicidades el montante de comisiones que puede tomarse en cuenta a estos efectos quedaría reducido de 1.446.557,31 a 968.406,82 euros.

En segundo lugar, el lucro cesante debe ser fijado en términos de ganancia neta dejada de obtener en todos aquellos casos en los que el perjudicado habría tenido que efectuar desembolsos para obtenerla y que no se van a producir porque el evento dañoso los ha hecho innecesarios. La aplicación de esta regla al presente caso supone que del volumen de ingresos por comisiones dejadas de percibir deberían detraerse los costes que para la empresa habría supuesto el mantener la infraestructura que le hubiera permitido obtenerlos durante el período medio estimado por el perito. Este concepto no fue sustraído por el perito Don. Gumersindo al realizar su cálculo y al ser interrogado al respecto pretendió ampararse en que su valoración podría ser utilizada en un supuesto de venta de la cartera de clientes; la debilidad de su argumento estriba en que no se trataba de valorar una posible enajenación de un activo empresarial (salida de un bien patrimonial a cambio de precio), sino de estimar lo que hubiera ocurrido si la parte demandante hubiera podido seguir desarrollando su labor sin ilícitas interferencias, percibiendo sus comisiones por corretajes de pólizas de seguro durante varios ejercicios, pero sufriendo también un coste por la gestión de esa cartera (personal, gastos de oficina, etc). Debería, pues, deducirse una repercusión por esos previsibles gastos. A falta de que se nos haya demostrado la procedencia de otro criterio más adecuado, acogemos el propuesto por la parte demandada, que cita la opinión expuesta en el acto de la vista por el perito economista y actuario de seguros D. Juan Pedro , que los señaló en un 70%, lo que nos resulta útil para obtener, una vez detraído el resultante de aplicar dicho porcentaje a la cifra que consignamos en el párrafo anterior, una valoración del lucro cesante en 290.522,05 euros.

SEXTO.- La parte demandada también se ha mostrado en su recurso disconforme con la condena que le ha sido impuesta en la sentencia a costear la publicación de la misma en dos revistas del sector.

La publicación de la sentencia es una de las pretensiones que puede plantear el demandante, según prevé el artículo 18.5ª de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal (que ha pasado a ser el vigente artículo 32 nº 2, tras la reforma por Ley 29/2009). Se trata de un derecho del demandante que debe responder a la finalidad de, en la medida de lo posible, contribuir a restablecer la situación de la empresa perjudicada, deshaciendo posibles equívocos del público destinatario de los bienes o servicios y poniendo además en conocimiento del mercado (resto de empresarios y clientes) quién ha merecido la reprobación judicial por vulnerar el derecho ajeno. Es una medida que tradicionalmente se ha situado a caballo entre el ámbito de la acción de remoción que persiguiese eliminar el estado de cosas creado por la vulneración del derecho que motivó la acción judicial y el del resarcimiento al titular del derecho infringido (aunque tras la reforma por Ley 29/2009 parece situarse más cerca de la primera de dichas finalidades).

Es importante que el grado de publicidad exigido deba ajustarse al criterio de la buena fe (artículo 7 del C Civil), a fin de no incurrir en una desproporción entre la entidad de la infracción y el tenor del medio empleado para hacer desaparecer o compensar sus efectos.



Guiados por tales criterios consideramos que la publicidad de la sentencia estaría justificada en el presente caso por las siguientes razones: 1º) porque las actuaciones desleales de la parte demandada tuvieron proyección sobre una diversidad de clientes con implantación en la mayor parte del territorio nacional, siendo un interés legítimo el de la actora de que se utilice un medio con alcance a dicho ámbito para que se dé en su sector comercial noticia de lo ocurrido, dando con ello proporcionada difusión a la resolución del conflicto en favor de la parte demandante; y 2º) porque la publicidad servirá también para poner en evidencia de modo público el empleo de un tipo de prácticas en las que la demandada debería evitar la tentación de volver a recaer en el futuro.

Por otro lado, ya hemos significado con anterioridad el tenor del correo electrónico remitido el 8 de octubre de 2006 (folios nº 752 y 753 de autos) por D. Raimundo , nuevo vicepresidente y consejero-delegado de HOWDEN IBERIA SA, al que era el anterior presidente de las entidades demandantes (MORERA Y VALLEJO, CORREDURÍA DE SEGUROS SA y de MULTIBROKER INTERNACIONAL CORREDURÍA DE SEGUROS SA), en el que significaba el interés que suscitaba en el sector la pugna de los implicados en el presente proceso.

En consecuencia, consideramos justificada la condena a la parte demandada a costear la publicación de la sentencia que le ha sido impuesta en la primera instancia, si bien ello deberá serlo en los términos de la condena que resultan fijados tras esta apelación.

SÉPTIMO.- En la resolución apelada no se establecía, porque tampoco se pedía en la demanda, pronunciamiento sobre intereses moratorios, por lo que este tribunal, en el ejercicio de la facultad que establece el nº 2 del artículo 576 de la LEC , se limitará a imponer a la parte demandada el pago del interés procesal que establece el nº 1 del artículo 576 de la LEC (lo que supone, por ministerio de la ley, la aplicación del tipo del interés legal de dinero elevado en dos puntos). No hay que olvidar que éste debe devengarse cada vez que hay un pronunciamiento condenatorio al pago de cantidad líquida, por lo que señalamos como "dies a quo" para su cómputo el de la fecha de la sentencia de primera instancia, ya que en esta apelación simplemente se ha moderado la cuantía de una condena que ya provenía de aquélla y que por ese menor importe (352.992,92 euros, resultante de adicionar el resarcimiento por daño emergente y por lucro cesante a favor de las demandantes) puede considerarse mantenida en la segunda instancia.

OCTAVO.- La moderación de la indemnización que reclamaba la parte demandante es de entidad suficiente para que debamos considerar que la estimación de la demanda lo es con carácter parcial y en consecuencia cada parte deberá, en lo que respecta a la primera instancia, soportar las propias costas y las comunes por mitad, tal como prevé para estos casos el nº 2 del artículo 394 de la LEC .

NOVENO.- La estimación, siquiera parcial, del recurso planteado por la parte demandada supone la no imposición de las costas derivadas de dicha apelación, tal como se prevé en el nº 2 del artículo 398 de la LEC .

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de HOWDEN IBERIA SA contra la sentencia dictada el 2 de marzo de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid en el juicio ordinario nº 1553/2007 del que este rollo dimana, por lo que revocamos en parte dicha resolución, con las siguientes consecuencias:

a) declaramos estimada parcialmente la demanda planteada por la representación de MORERA Y VALLEJO, CORREDURÍA DE SEGUROS SA y de MULTIBROKER INTERNACIONAL CORREDURÍA DE SEGUROS SA contra la demandada HOWDEN IBERIA SA;

b) declaramos que con su comportamiento la parte demandada, HOWDEN IBERIA SA, ha incurrido en actuaciones de competencia desleal, por lo que ratificamos la orden judicial de que cese en ese tipo de conductas y que se abstenga en el futuro de realizarlas;

c) señalamos el importe de la indemnización de

daños y perjuicios que, a favor de la actoras MORERA Y VALLEJO, CORREDURÍA DE SEGUROS SA y MULTIBROKER INTERNACIONAL CORREDURÍA DE SEGUROS SA, debe satisfacer la parte demandada, HOWDEN IBERIA SA, en la cuantía total de 352.992,92 euros;

d) la demandada, HOWDEN IBERIA SA, deberá soportar el pago de un rédito a favor de las actoras consistente en el tipo del interés legal de dinero elevado en dos puntos computado sobre la cifra de 352.992,92 euros desde el 2 de marzo de 2011;



- e) la demandada, HOWDEN IBERIA SA, deberá costear la publicación de la sentencia en dos revistas del sector asegurador de tirada nacional, si bien el contenido de los anuncios deberá ceñirse al encabezamiento y al fallo de la resolución judicial en los términos en que han quedado configurados en esta segunda instancia;
- f) en lo que respecta a las costas de la primera instancia, cada parte soportará las causadas a su instancia y las comunes por mitad; y
- g) no efectuamos expresa imposición de las costas de esta segunda instancia.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ