



Roj: **SAP V 167/2013 - ECLI: ES:APV:2013:167**

Id Cendoj: **46250370092013100014**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **14/01/2013**

Nº de Recurso: **698/2012**

Nº de Resolución: **4/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ANTONIA GAITON REDONDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO NÚM. 000698/2012

VTA

SENTENCIA NÚM.:4/2013

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA ROSA MARIA ANDRES CUENCA

DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA

DOÑA MARIA ANTONIA GAITON REDONDO

En Valencia a catorce de enero de dos mil trece.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada **DOÑA MARIA ANTONIA GAITON REDONDO**, el presente rollo de apelación número 000698/2012, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000132/2011, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 3 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a SERVITUR XXIII SL, representada por el Procurador de los Tribunales don JULIO ANTONIO JUST VILAPLANA, y asistido del Letrado don VICENTE PASCUAL BOVEDA SORO y de otra, como apelados a SERCAR MOTOR, S.L., Gabino , Julio y Ovidio representados por la Procuradora de los Tribunales doña ROSA SELMA GARCIA-FARIA, y asistidos del Letrado don ANTONIO R. PELAEZ RODRIGUEZ, en virtud del recurso de apelación interpuesto por SERVITUR XXIII SL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia de JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 3 DE VALENCIA en fecha 4-6-2012 , contiene el siguiente FALLO: "Que desestimando la demanda interpuesta por la mercantil SERVITUR XXIII, S.L., y en su representación por el Procurador de los Tribunales, D. JULIO JUST VILAPLANA, contra la mercantil SERCAR MOTOR, S.L., D. Julio , D. Gabino y D. Ovidio , todos ellos representados por la Procuradora de los Tribunales Dª ROSA SELMA GARCIA-FARIA, debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones de la parte actora. Se imponen las costas a la parte demandante."

SEGUNDO .- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por SERVITUR XXIII SL, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO .- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS



PRIMERO.- En autos de juicio ordinario se dictó sentencia por la que se desestimaba la demanda que, en ejercicio de la acción de competencia desleal, formuló la representación procesal de la entidad SERVITUR XXIII SL -en adelante Servitur-, contra Julio , Gabino , Ovidio y la mercantil SERCAR MOTOR SL.

Interpone recurso de apelación la representación procesal de la parte actora en base a las alegaciones, en forma sucinta, siguientes: 1) Error en la valoración de la prueba y en la fijación de los hechos jurídicamente relevantes en relación con el trasvase o desplazamiento de la clientela, pues la intervención del codemandado Julio en la entidad actora se dirigió a captar y fidelizar clientes para la entidad Servitur, no para sí mismo, por lo que hay un aprovechamiento de lo ajeno, de la posición alcanzada en el mercado por Servitur, no existiendo competencia por mérito de las prestaciones de Sercar. La posición privilegiada de dicho demandado, como Administrador y Jefe de Taller de Servitur, son las que posibilitan las actuaciones de competencia desleal, llevándose para su nuevo negocio listado de clientes y documentación confidencial de Servitur, siendo que lo pretendido por los demandados era sustituir Servitur por Sercar. Añade que la actividad de ambas mercantiles no es distinta y que aún cuando el Sr. Julio llevase toda la actividad de la empresa demandante tampoco eso le legitimaría para vaciar de contenido el fondo de comercio y las expectativas de la mercantil Servitur, habiéndose producido la captación de la clientela antes de abandonar Servitur, circunstancia ésta temporal que igualmente se aprecia en relación con la prestación del servicio de grúa municipal para el Ayuntamiento de Alaquàs. En apoyo de tales alegaciones cita la declaración de determinados testigos con la interpretación que de ellas infiere la parte. 2) Error en la valoración de la prueba y en la fijación de los hechos jurídicamente relevantes en relación con la fuga de trabajadores, pues no se trata de un mero trasvase sino del 50% de los de Servitur que se fueron a Sercar, sin que haya prueba alguna de la que pueda concluirse que la formación profesional de los mismos fue realizada por el Sr. Julio . 3) Error en la fijación y calificación jurídica de los hechos relevantes en relación con la condición de concesionario Nissan de Servitur y la identidad de los objetos sociales de las entidades litigantes, pues la actora simplemente pertenece a la red de talleres autorizados Nissan, circunstancia ésta además posterior a la interposición de la demanda, siendo que ambas mercantiles son taller multi marca, siendo en este punto donde coincide el objeto social. 4) Ubicación próxima de las empresas litigantes, siendo éste uno más de los elementos que han favorecido injustamente a los demandados y perjudicado a la demandante. 5) Error en la valoración de la prueba y falta de motivación en cuanto a que Julio es quien realmente organiza y crea una nueva empresa, teniendo pacto expreso de no concurrencia, según los estatutos de Servitur y obligación legal del artículo 65 LSRL , aún cuando formalmente la empresa demandada fue constituida por sus hijos, Gabino y Ovidio . 6) Problemática subyacente que no es objeto del pleito, habiéndose logrado de contrario desviar la atención del Juzgador a quo a los distintos problemas personales y legales que existen entre las partes litigantes, en particular entre Julio y Rosalia (Administradora de la demandante) por el complicado proceso de divorcio y liquidación de gananciales en que están inmersos, pero que en todo caso no obstan a la existencia de la competencia desleal. 7) Error en la calificación jurídica de los hechos relevantes en relación con la conducta del artículo 5 LCD , siendo que la actuación de los demandados han perturbado el funcionamiento del mercado, desplazando a Servitur, sin perjuicio de que el objeto social de ambas entidades no sea el mismo, pues de facto si lo es. 8) Error en la valoración de la prueba en cuanto que no se advierte la voluntad de eliminar a Servitur del mercado. 10) Error en la valoración de la prueba en cuanto a considerar que no existen pruebas concluyentes de la competencia desleal. Infracción por inaplicación del artículo 386 LEC , pues existen pruebas de la infracción de las reglas de la competencia por los demandados, por más que muchas de ellas no sean pruebas directas, sino indirectas e incluso indiciarias. 11) Petición subsidiaria: improcedente imposición de costas en atención a las dudas de hecho o de derecho que concurren en atención a las circunstancias a tenerse en consideración por el órgano jurisdiccional. Termina solicitando nueva sentencia por la que se estime la demanda con imposición de las costas de la primera instancia y también en la alzada a la parte contraria desde la mala fe de la contraparte en todo su actuar; subsidiariamente, desde la declaración de deslealtad de los actos acreditados se determine la cuantía de los daños y perjuicios conforme al criterio objetivo y prudencial de la Sala. Subsidiariamente, de confirmarse la sentencia de la instancia, no imposición de costas por no haber incurrido la demandante en temeridad ni mala fe, y por tratarse de cuestiones muy complejas respecto de las que cabe concluir existen dudas de hecho o de derecho.

La representación procesal de la parte demandada solicitó la confirmación de la sentencia dictada en la instancia con arreglo a las alegaciones contenidas en su escrito de oposición al recurso de apelación que consta unido a las actuaciones.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de los distintos motivos que configuran el recurso de apelación de la mercantil Servitur, cabe realizar las siguientes consideraciones:

a) la parte apelante introduce una nueva pretensión en esta alzada, aún cuando lo sea con carácter subsidiario, en relación con la determinación de la cuantía correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios, al pretende que sea esta Sala la que efectúe tal determinación, siendo que en su inicial escrito rector se



limitaba a pedir por tal concepto la concreta cantidad de 694.033'76 Euros. Obviamente, para el supuesto de que la presente resolución estimara el recurso de apelación y, por ende, la demanda, no podría este Tribunal efectuar el pronunciamiento condenatorio en los términos ahora novedosamente pretendidos so pena de causar indefensión a la contraparte y siendo que, además, tal posibilidad viene vetada por el tenor del artículo 456.1 de la LEC ;

b) Ciertamente, y de modo poco afortunado, el Juzgador a quo introduce en el fundamento jurídico quinto de su sentencia consideraciones de índole personal relativas a los Sres. Julio y Rosalia que resultan totalmente ajenas a la cuestión objeto de debate -acción por competencia desleal-, no obstante lo cual esa mención en nada afecta al resto de la fundamentación jurídica y pronunciamiento que contiene la sentencia apelada;

c) Resultan cuando menos sorprendentes las distintas pretensiones que en materia de costas de primera instancia solicita la parte recurrente, alegando, para el supuesto que se mantenga el pronunciamiento desestimatorio de la demanda, que no le sean impuestas por tratarse de "cuestiones muy complejas respecto de las que cuanto menos habrá que concluir que existen serias dudas de hecho y de derecho" y sin embargo, de forma contradictoria a tal planteamiento, propugnando la imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada, de estimarse la demanda, "desde la mala fe en todo su actuar". Obviamente para el caso de que este Tribunal apreciara la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho en los términos que señala el artículo 394 de la LEC , tal circunstancia habría de tener el consiguiente efecto sobre el criterio del vencimiento en materia de costas cualquiera que hubiera sido la parte cuyas pretensiones fueran desestimadas; por otra parte la temeridad o mala fe, conforme a lo establecido en el citado precepto, no son circunstancias a tener en cuenta cuando el pronunciamiento de las costas resulta de la mera aplicación del criterio del vencimiento conforme a lo establecido en el apartado 1 del citado artículo 394; y

d) En relación con el artículo 4 de la LCD (antes 5, Ley 29/2009), que contiene la cláusula general de que "se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe", cabe traer a colación la STS de 24 de noviembre de 2006 (EDJ 2006/325612), en tanto establece los necesarios criterios a tener en cuenta a los efectos de su aplicación. Así dicha sentencia indica: "*... la cláusula general del artículo 5 LCD EDL no formula 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 lo que la doctrina ha identificado como "una norma jurídica en sentido técnico", esto es, "una norma completa de la que se derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como sucede con el artículo 7.1 del Código civil". De este modo, cabe concluir que la cláusula general tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, 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 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 así, la comprobación de que la conducta enjuiciada se corresponde por entero con la tipificada en particular, como ha dicho la doctrina, "exime de examinarla a la luz de la cláusula general, esto es, impide que pueda considerarse asimismo contraria a la cláusula general". 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".

Por tanto, y con arreglo a tales consideraciones, no resulta correcta la invocación del artículo 5 (4) de la Ley de Competencia Desleal que con carácter primigenio realiza la parte demandante apelante, porque para acudir a dicha cláusula general es necesario previamente excluir la conducta de los demandados de los supuestos específicamente previstos en la LCD; es decir, la alegación de deslealtad al amparo del citado artículo 4 requiere que la conducta de que se trate -y que se denuncia- no tenga otra vía legal de reproche. Sin embargo, en el caso de autos, la parte actora-apelante de forma conjunta fundamenta su reclamación, con descripción de las mismas conductas, en el citado artículo 5 y en los artículos 6 (ahora 7) -actos de confusión-, 11 -actos de imitación-, 12 -explotación de la reputación ajena-, 13 -violación de secretos-, y 14- inducción a la infracción contractual-

TERCERO.- La Sala, examinado que ha sido el contenido de las actuaciones y visionado el acto del juicio que por soporte de grabación audiovisual consta en las mismas, acepta los razonamientos jurídicos de la sentencia apelada en cuanto no se opongan a los que a continuación se exponen y por los que se viene a dar contestación a los distintos motivos del recurso de apelación, considerando, al igual que el Juzgador a quo, que de la prueba practicada en autos no resulta acreditado que la conducta de los demandados pueda quedar incardinada en la prohibición que establece la cláusula general del artículo 4 o en alguno de los otros preceptos citados de la LCD .



Según resulta del contenido de los autos la entidad Servitur fue constituida el 2 de abril de 1997 por Graciela y Rosalia , socias participes al 50%, designándose inicialmente como administrador único a Pablo -esposo de la Sra. Graciela -, si bien posteriormente fueron designados administradores solidarios el citado Sr. Pablo y el codemandado Sr. Julio -esposo de la Sra. Rosalia - en Junta de 9 de abril de 1999. Según el artículo 10 de los Estatutos los administradores podían dedicarse a la misma o similar actividad que constituía el objeto social de la entidad, previo acuerdo de la Junta General con el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social. Por acuerdo de Junta General de 10 de julio de 2008, el Sr. Julio es cesado en su cargo de Administrador, dándose por notificado en su cese en dicho cargo y en el nombramiento de la Sra. Rosalia (f.78). Por escritura pública de 3 de abril de 2008, Gabino y Ovidio constituyen la sociedad SERCARMOTOR SOCIEDAD LIMITADA (F. 84) con una participación al 50% cada uno de ellos y nombrando como Administrador Único de la sociedad a Gabino quien, en fecha 22 de julio de 2008 comunica a Servitur que con fecha del día siguiente solicita la baja voluntaria de la empresa. El codemandado, Julio también solicita la baja como empleado de la empresa Servitur a finales de julio de 2008, pasando a trabajar como Jefe de Taller en Sercar Motor. En diferentes fechas de agosto y septiembre tres de los trabajadores de la mercantil actora, Eliseo , Hilario y Mateo presentan su baja voluntaria de la mercantil demandante, siendo posteriormente contratados por SERCAR MOTOR; igualmente consta acreditado, por la abundante prueba documental y testifical practicada en autos, que muchos de los clientes de la entidad actora, habiendo tenido conocimiento de la marcha de Julio de la empresa actora, y por razones bien de amistad bien de confianza en el servicio mecánico que les había venido prestando desde tiempo atrás -incluso con anterioridad a la constitución de la sociedad demandante-, dejaron de ir a Servitur llevando a reparar sus vehículos y maquinaria a SERCAR MOTOR.

Alega la parte recurrente que el Juzgador a quo ha incurrido en error en la valoración de la prueba y en la fijación de los hechos jurídicamente relevantes - en relación con el aprovechamiento del esfuerzo ajeno-, respecto al trasvase o desplazamiento de la clientela, pues Julio se aprovechó de su posición privilegiada en el taller de la demandante (Jefe de Taller y Administrador)obteniendo el listado de clientes y consiguiendo que éstos se fueran de Servitur, usurpación que se habría comenzado a realizar antes de que los demandados se marchasen definitivamente de la empresa. No resulta de los autos, pese a la alegación de la parte recurrente, que haya mediado tal conducta de usurpación de la clientela por parte del Sr. Julio - es más los testigos que depusieron en el acto de la vista manifestaron haber tenido conocimiento de la marcha de Julio de Servitur con posterioridad a que la misma se hiciera efectiva-, a lo que es de añadir que, como señala la SAP de Madrid de 14 de diciembre de 2006 (EDJ 2006/478245), "*nada impide que tras el cese de una relación laboral pueda el cesante, en el plazo más breve posible, ejercer una actividad ya por cuenta propia, a través de una sociedad, o por cuenta de tercero. Es obvio que quien cesa en una actividad intentará desarrollar una nueva en el plazo más breve posible, entre otras, por evidentes razones de subsistencia; e incluso resultaría lícito que hubiese preparado su salida pensando en el inicio de su actividad por cuenta propia, siempre que no se hubiese valido para ello de medios del empresario*", añadiendo que es "*doctrina jurisprudencial consolidada (sentencia del TS de 11 de octubre de 1999), que la posibilidad de cambiar de trabajo, o de dejarlo para constituir una sociedad, y de aprovechar en el nuevo el bagaje de experiencia y conocimiento profesional adquirido en el anterior empleo es un derecho del trabajador con anclaje constitucional en el artículo 35.1 de la Constitución (derecho a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción a través del trabajo) y en el artículo 38 de la Constitución (libertad de empresa) "*.

Por lo que se refiere a la cuestión de clientela que supuestamente el Sr. Julio sustrajo de la sociedad demandante, la demandante no tiene, desde luego, ningún derecho de exclusividad sobre sus clientes -menos aún derecho de propiedad sobre los mismos-, porque precisamente el principio de libertad de competencia implica que todo cliente o consumidor puede recibir ofertas de productos, servicios o prestaciones de cualquier empresa y aceptar libremente aquélla que mejor le convenga. En este sentido, no cabe hablar de apropiación de clientela en tanto "no pueden considerarse secretas y, por lo tanto no pueden ser objeto de secreto empresarial, aquellas informaciones que formen 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" (STS 24/11/2006), habiendo declarado reiteradamente la jurisprudencia que la captación de la clientela es un conducta concurrencialmente lícita, salvo que los medios empleados revelen confusión, engaño, denigración, comparación, imitación, aprovechamiento de fama ajena y/o explotación de secreto, circunstancias éstas que no son de apreciar en el caso de autos a tenor de cuanto hasta aquí se viene exponiendo.

Mención aparte requiere la alegación relativa a la supuesta usurpación por los demandados de los servicios de la grúa municipal del Ayuntamiento de Alaquàs que previamente había sido cliente durante muchos años de la entidad demandante. Basta señalar para la desestimación de tal alegación que el servicio de grúa municipal



es objeto de concesión administrativa mediante la oportuna tramitación del expediente de carácter público (f. 961-978), habiendo obtenido la mercantil SERCAR MOTOR dicha concesión por haber concurrido a la licitación, tal y como resulta del contrato de 21 de mayo de 2009 del Ayuntamiento de Alaquàs obrante al folio 473 y ss y de la Notificación de la Resolución de dicha Alcaldía de 25 de febrero de 2011 (f. 476), debiendo destacarse especialmente la circunstancia que en el expediente de contratación del servicio de grúa que se inició por Resolución de la Alcaldía el 20 de noviembre de 2008 (anuncio en D.O.C.V 2 de abril de 2009) la única oferta presentada era la correspondiente a SERCAR MOTOR, quien finalmente resultó la adjudicataria. Dado el proceso de contratación administrativa que para el servicio de grúa municipal tiene establecido el Ayuntamiento de Alaquàs, resulta totalmente improsperable la alegación de usurpación de clientes que en relación con esta cuestión mantiene la parte apelante.

CUARTO.- También alega la parte recurrente error en la valoración de la prueba y en la fijación de los hechos jurídicamente relevantes en relación con la cuestión relativa a la fuga de trabajadores, indicando que no se trató de mero trasvase ya que se fue el 50% de la plantilla, debiendo ya en este momento señalarse que conforme a la prueba practicada el número de trabajadores de Servitur era inicialmente de seis. Así mismo, incide la recurrente sobre la cuestión del objeto social de las entidades litigantes, sobre la ubicación de ambas empresas en el mismo polígono industrial de Alaquàs y sobre la intervención del Sr. Julio en la creación y funcionamiento de la empresa Sercar Motor, si bien habrá de tenerse en cuenta respecto a éste último extremo que el Sr. Julio no es socio ni administrador de la mercantil Sercar Motor por lo que no resulta de aplicación al caso la prohibición contenida en el artículo 10 de los Estatutos de Servitur al que antes se ha hecho referencia.

Como decíamos en sentencia de 29 de diciembre de 2008 , <<En ese sentido forzoso es, como hacen entre otras las Sentencias de esta Sala de 6 de junio de 1997 y 11 de octubre de 1999 , partir de los principios constitucionales de libertad de empresa (artículo 38 CE) y de derecho al trabajo (artículo 35 CE), pues el artículo 5 LCD 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, en concurrencia con otros, derecho que no puede ejercitarse a través de determinados comportamientos, esto es, se trata de conseguir que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia y no "mediante la realización de comportamientos que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado, o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado".

.../...a continuación hay que tener en cuenta los imperativos éticos de orden general, esto es, la buena fe en sentido objetivo (Sentencias de 20 de marzo de 1996 , 15 de abril de 1998 , 16 de junio de 2000 , 19 de abril de 2002) como una "exigencia ética significada por los valores de la honradez, la lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena".

Pero 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.

La libertad de empresa es un derecho fundamental, reconocido en el artículo 38 CE (y en el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000) que está comprendido en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución , y por tanto goza del nivel de protección señalado en el artículo 53.1 CE , pero tiene rango constitucional y puede ser invocado en cualquier proceso, pues todos los derechos del Capítulo II vinculan de modo inmediato a todos los poderes públicos, como consecuencia del carácter normativo, y no meramente programático, de la Constitución, y pueden desplegar efectos sin necesidad de intermediación legislativa.

La formulación del derecho invocado opera principalmente frente al legislador, ya que se trata de declarar - con efectos vinculantes para los poderes públicos- que la iniciativa económica privada es elemento esencial de una economía de mercado como la establecida en España, y por tanto que las actividades de producción e intercambio de bienes o servicios están constitucionalmente abiertas a los particulares (españoles, personas físicas o jurídicas). Se trata de lo que se ha llamado "derecho fundamental de acceso a un ámbito", que no se proyecta sobre la regulación de ese ámbito en una forma determinada, sino que se concreta en la posibilidad de acceder y permanecer en el mercado, o de iniciar y desarrollar actividades de producción y/o intercambio, siempre que se respeten las condiciones establecidas por las leyes. Es el legislador, pues, quien



ha de establecer la regulación interna, con el límite o tope de que no puede ser arbitraria o desproporcionada (Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1981 , 225/1983 , etc), razón por la cual ha considerado la jurisprudencia constitucional que las normas tendentes a la defensa de la libre competencia son plenamente compatibles con el artículo 38 CE (SSTC 88/1986 , 225/1993 y 208/1999 , etc.).

También en el caso del derecho al trabajo del artículo 35 CE nos encontramos con un derecho fundamental (alguna vez denominado "derecho constitucional ", STC 166/1993 , pero sin establecer diferencias de fondo) de los que antes hemos denominado "de acceso a un ámbito", lo que no predetermina cómo ha de estar regulado ese ámbito. El derecho de que se trata, reconocido también en el artículo 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, comprende la libertad de trabajar y la libertad de elegir profesión u oficio, e incluye tanto el trabajo por cuenta ajena como el trabajo autónomo, pero el legislador, a quien fundamentalmente se dirige el mandato constitucional, puede establecer determinadas condiciones, como lo ha hecho a través de la Ley de Competencia Desleal, y el tema se circunscribe a decidir si en la aplicación de la legislación ordinaria a través de la cual se ha regulado el ejercicio del derecho, se ha incidido en interpretación o en vulneración de la norma constitucional en cuanto regulación directa o en cuanto pauta o parámetro de interpretación, lo que, dado el objeto del proceso, es más aproximado".

Más concretamente, señala la reciente STS de 3 de julio de 2008 (EDJ 2008/127971): "los hechos consistentes en la mera contratación de trabajadores o de personas que realizan funciones técnicas o directivas en una empresa por otra de semejante actividad para desarrollar la misma o similar función, o el abandono por un trabajador o grupo de ellos de una empresa para constituir o integrarse en otra del mismo tráfico económico, no es suficiente para apreciar la existencia del ilícito competencial del art. 5º LCD , ni siquiera cuando se aprovecha la experiencia personal y profesional adquirida por la dedicación a igual actividad industrial o comercial. Prevalecen en tales casos la libertad de trabajo y libre iniciativa y de desarrollo de la actividad económica".>>

Pues bien, conforme a la doctrina jurisprudencial que ha sido expuesta, ninguno de los hechos aducidos por la parte demandante apelante permiten estimar la concurrencia de un comportamiento por parte de los demandados que pueda ser calificado como objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, ex artículo 4 LCD , menos aún con el propósito de eliminar a Servitur del mercado. Los Sres. Julio Rosalia constituyeron una nueva empresa dentro del marco de la economía de mercado, cuya ubicación libremente fijaron al no concurrir a tal efecto prohibición o limitación alguna, contratando a determinados trabajadores que, previa y voluntariamente, habían cesado como trabajadores de la empresa demandante, y poniendo el Sr. Julio -como trabajador con el cargo de Jefe de Taller- sus conocimientos y experiencia profesional a disposición de entidad demandada y en la que había sido contratado, al igual que el resto de los trabajadores, con posterioridad a su cese como trabajador de la mercantil Servitur. Por último, nada obsta a cuantas consideraciones han sido expuestas el hecho de que los objetos sociales de ambas mercantiles sean total o parcialmente coincidentes al no existir norma legal que impida o prohíba tal coincidencia.

En definitiva, no resulta de los autos prueba -directa o indirecta- que permita estimar la acción de competencia desleal ejercitada por la entidad Servitur en relación con las conductas de los demandados y que configuraban los hechos constitutivos de su pretensión, por lo que no cabe más que confirmar la sentencia dictada en la instancia.

QUINTO.- Igual suerte desestimatoria ha de correr la pretensión de no imposición de las costas causas en la instancia al no existir motivo -dudas de hecho o de derecho- por el que no haya de estarse al criterio del vencimiento que establece el artículo 394 de la LEC , sin que pueda quedar justificado el pronunciamiento de no imposición de costas por la realización de diligencias preliminares practicadas a instancia de la parte hoy apelante, pues tal no son más que actos preparatorios de un juicio cuya extensión o amplitud viene determinada por la propia petición de la parte que las solicita.

SEXTO. - Conforme a lo establecido en el artículo 398 de la LEC , se imponen las costas de la alzada a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de SERVITUR XXIII SL, contra la sentencia de fecha 4 de junio de 2012, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia en autos de juicio ordinario nº 132/11, confirmamos dicha resolución, con expresa imposición de las costas causadas en la alzada a la parte apelante y con pérdida por ésta del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse



impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ