



Roj: **SAP M 3985/2013 - ECLI: ES:APM:2013:3985**

Id Cendoj: **28079370282013100064**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **04/03/2013**

Nº de Recurso: **28/2012**

Nº de Resolución: **70/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

**SENTENCIA: 00070/2013**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN Nº 28/2012.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 128/2009.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.

Parte recurrente: RAMINATRANS LOGÍSTICA, S.L.; RAMINATRANS S.L.; D. Pascual ; D. Sixto

Procurador: D. José Carlos García Rodríguez

Letrado: D. Sergio Martínez Llodrá

Parte recurrida: INTEGRAL TRANSPORT SERVICE, S.A

Procurador: D. Ramón Rodríguez Nogueira

Letradas: D<sup>a</sup> María Teresa Cuberta Llobet y D<sup>a</sup> Carlota Paytuví Forca

SENTENCIA nº 70/2013

En Madrid, a cuatro de marzo de dos mil trece.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Alberto Arribas Hernández y D. Pedro María Gómez Sánchez, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 128/2009 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Seis de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandada la Sentencia que dictó el Juzgado el día veintisiete de junio de dos mil once.

Ha comparecido en esta alzada la demandante, INTEGRAL TRANSPORT SERVICE, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira y asistida de las Letradas María Teresa Cuberta Llobet y D<sup>a</sup> Carlota Paytuví Forca, así como los demandados RAMINATRANS LOGÍSTICA, S.L.; RAMINATRANS S.L.; D. Pascual ; D. Sixto , representados por el Procurador de los Tribunales D. José Carlos García odríguez y asistidos del Letrado D. Sergio Martínez Llodrá.



## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor:

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta a instancia de la entidad INTEGRAL TRANSPORT SERVICE, S.A., representada por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira y asistida de la Letrado Dña. María Teresa Cuberta Llobet y Dña. Carlota Paytuví Forga; contra D. Pascual , representado por el Procurador Sr. García Rodríguez y asistido del Letrado D. Sergio Martínez Llodrá; contra D. Sixto , representado por el Procurador Sr. García Rodríguez y asistido del Letrado D. Sergio Martínez Llodrá; contra RAMINATRANS LOGÍSTICA, S.L., representado por el Procurador Sr. García Rodríguez y asistido del Letrado D. Sergio Martínez Llodrá; contra RAMINATRANS, S.L. representada por el Procurador Sr. García Rodríguez y asistido del Letrado D. Sergio Martínez Llodrá; debo:

- 1.- declarar que las conductas de los demandados D. Pascual , D. Sixto , Raminatrans, S.L. y Raminatrans Logística, S.L. son constitutivos de actos de competencia desleal contra Integral Transport Service, S.A.;
- 2.- condenar a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración y a cesar en la inducción por Raminatrans a la terminación de los contratos laborales y que mantenían con la actora los codemandados Sr. Sixto y el Sr. Pascual ; la inducción de los codemandados Sr. Sixto y Sr. Pascual a la terminación de los contratos laborales de directivos de departamento, trabajadores, agentes y corresponsales, y a la inducción a la infracción contractual y a actos contrarios a la buena fe concurrencial, recogidos en el cuerpo de esta Resolución, absteniéndose de realizar la misma conducta en el futuro;
- 3.- condenar solidariamente a los demandados a indemnizar a la actora en la cantidad de un millón cuatrocientos veintinueve mil setecientos sesenta y nueve euros con veinticuatro céntimos (1.429.769,24.-€);
- 4.- ordenar la publicación de la sentencia que en su día se dicte a costa de los demandados en dos periódicos, uno de amplia tirada nacional y otro de amplia tirada en la Comunidad de Madrid, a elección de la demandante;
- 5.- desestimar las demás pretensiones formuladas por la actora, absolviendo de las mismas a los demandados;
- 6.- sin hacer imposición de las costas."

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpusieron recurso de apelación los demandados y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día veintiocho de febrero de dos mil trece.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La mercantil INTEGRAL TRANSPORT SERVICE, S.A. interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Pascual , D. Sixto , RAMINATRANS LOGÍSTICA, S.L. y RAMINATRANS, S.L. con el siguiente suplico:

A) Se declare que las conductas de D. Pascual , D. Sixto , RAMINATRANS, S.L. y RAMINATRANS LOGÍSTICA, S.L. descritas en la demanda son constitutivas de actos de competencia desleal frente a INTEGRAL TRANSPORT SERVICE, S.A.

B) Se condene a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración, y a cesar en todos los actos detallados descritos en la demanda, absteniéndose de realizar la misma conducta en el futuro y, en concreto, se les prohíba contactar ni contratar con ningún cliente que lo fuera de INTEGRAL TRANSPORT SERVICE, S.A. a 14 de agosto de 2008 durante un período de un año desde la fecha de la Sentencia.

C) Se condene a los demandados a rectificar las

afirmaciones falsas denigratorias vertidas frente a ITS, mediante la remisión de comunicación con acreditación de contenido y recepción a la totalidad de los clientes y agentes de INTEGRAL TRANSPORT SERVICE, S.A. y, subsidiariamente, a la totalidad de los clientes y agentes que actualmente lo sean de RAMINATRANS LOGÍSTICA, S.L.

D) Se condene solidariamente a los demandados a

indemnizar a INTEGRAL TRANSPORT SERVICE, S.A. en la cantidad que resulte de la prueba a practicar y que queden finalmente fijados en ejecución de sentencia sobre las bases fijadas en el cuerpo de este escrito.

E) Se ordene la publicación de la sentencia que en su día



se dicte a costa de los demandados en dos periódicos, uno de amplia tirada estatal y otro de amplia tirada en la Comunidad de Madrid, a elección de mi representada.

F) Se impongan expresamente a los demandados el

pago de las costas causadas, con expresa declaración de mala fe a los efectos legales oportunos.

La demanda, en lo sustancial, se fundaba en la actuación llevada a cabo por los demandados en relación a INTEGRAL TRANSPORT SERVICE, S.A. (en adelante, ITS). Dicha mercantil presta todo tipo de servicios relacionados con el transporte nacional e internacional por cualquier medio. Según la actora, con motivo de la voluntad de RAMINATRANS de expansión e implantación en el área geográfica de Madrid, dicha compañía, junto con D. Sixto y D. Pascual - y previa inducción de éstos - Director del Departamento Comercial y del Departamento Marítimo de ITS respectivamente, que prestaban sus servicios en la oficina sita en Madrid, urdieron una trama para desarticular y dismantelar la oficina principal de ITS, que se encuentra en Madrid. Ello se efectúa induciendo ilícitamente a la mayor parte de los empleados de la compañía - cerca del 60% de la plantilla de Madrid, en poco más de un mes -, a integrarse de forma inmediata en una compañía de nueva constitución RAMINATRANS LOGÍSTICA - participada al cien por cien por RAMINATRANS, con la finalidad de implantarse en dicha zona con el mínimo esfuerzo y aprovechándose del esfuerzo y reputación de ITS, debilitando su posición en el mercado.

En virtud de tales hechos se atribuye a los demandados:

1. La inducción por parte de RAMINATRANS a la terminación de los contratos laborales que mantenían D. Sixto y D. Pascual , así como D. Mateo , D. Romualdo y D. Jose Antonio (este último con contrato mercantil), que ocupaban los cargos de Directores de los Departamentos operativos de ITS (Marítimo, Aéreo, Terrestre, Comercial y Aduanas) y constituían piezas clave de la empresa.

2. La inducción por parte de D. Sixto y D. Pascual , en connivencia con RAMINATRANS, a la terminación de los contratos laborales de cerca del 60% de la plantilla de la oficina de Madrid de ITS en poco más de un mes, sin respetar en la mayoría de los casos los plazos de preaviso dejando desestructurada y prácticamente inoperativa a la oficina.

3. La inducción por parte de D. Sixto y D. Pascual , en connivencia con RAMINATRANS, a la terminación de las relaciones de colaboración de diversos agentes y corresponsales que ITS dispone en diversos países para prestar sus servicios integrales en el transporte internacional.

4. Actos de denigración de ITS.

5. Aprovechamiento de la reputación y esfuerzo de ITS.

6. Utilización de información estratégica de la compañía.

7. Actos contrarios a la buena fe. Que consiste en urdir el plan contactando a agentes e incitando a los empleados mientras se encontraban los demandados Sres. Pascual y Sixto prestando servicios en ITS e incluso utilizando sus medios.

8. Otros actos. Apropiación de la cartera de clientes,

utilización de información estratégica (tarifas de agentes extranjeros, navieras, etc.) y desviación fraudulenta de cargas y pedidos inicialmente encargados a ITS.

9. Actos de confusión, haciendo creer a los clientes e

cluso a los agentes que estaban contactando con ITS cuando no era cierto pues los empleados ya prestaban sus servicios para RAMINATRANS.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil resultó parcialmente estimatoria de la pretensión. Con carácter previo señaló la posibilidad de valorar los correos electrónicos aportados como medio de prueba por la actora aun tratándose de mensajes a través de un correo privado ajeno a la empresa, pues su contenido profesional y el uso de medios informáticos de la empresa justifican la intromisión mínima realizada en el examen de tales correos.

Examina en primer lugar la alegada inducción por Raminatrans a la terminación de los contratos laborales y a los que mantenían con la actora los codemandados Sr. Sixto y Sr. Pascual y la inducción de los citados codemandados a la terminación de los contratos laborales de directivos de departamento, trabajadores, agentes y corresponsales. A tal efecto considera probado que, tras el cambio en el accionariado de la actora y no contentos con el mismo los Sres. Pascual y Sixto , con conocimiento y autorización de Raminatrans, procedieron a la gestación de un plan para la creación de una nueva empresa participada al cien por cien



por Raminatrans (Raminatrans Logística S.L.) a la que transferirían empleados, directivos, clientes, agentes y comisionistas y se realizaron gestiones en los meses de abril a julio, ambos inclusive, de 2008 para la captación de directivos y empleados de la demandante, además de gestiones de búsqueda de locales para la nueva empresa y renting de vehículos, llegando a enviar datos personales de los empleados de la actora para las gestiones de los nuevos contratos. Los demandados hicieron circular entre los trabajadores afirmaciones en el sentido de que los nuevos propietarios de la actora estaban decididos a realizar recortes de personal y la venta de la empresa a un tercero, todo ello con el resultado de que seis directores de departamento en Madrid solicitaran su baja en muy poco tiempo para realizar la misma función en Raminatrans Logística y que el sesenta por ciento de los trabajadores obtuvieran la baja voluntaria para prestar servicios en dicha sociedad. Concluye señalando que se trata de una masiva captación de trabajadores y directivos en beneficio de un competidor que resulta contraria a la buena fe concurrencial.

Se refiere la sentencia a continuación a la inducción a la infracción contractual alegada al amparo del artículo 14.2 LCD. Considera probado atendiendo a las testificales de los trabajadores que tras recibir mensajes de los codemandados Sres. Demetrio (sic, Sixto) y Pascual atribuyendo a los nuevos dueños de la actora masivos despidos y posterior venta de la empresa ofrecen a los trabajadores nuevas relaciones con la sociedad a constituir por Raminatrans provocando la baja voluntaria de 33 de los 59 trabajadores, de los cuales 21 no cumplieron el preaviso. Concluye que tal actuación aparecía dirigida a obstaculizar la actividad de un competidor, con intención de expulsarle del mercado.

Rechaza la sentencia la concurrencia de denigración del artículo 9 LCD en cuanto no consta la real y efectiva realización de actos dirigidos a clientes y agentes relativos a manifestar la existencia de una difícil situación financiera y no se constata el origen de las informaciones que llegaron a éstos.

Rechaza igualmente la infracción del artículo 12 LCD en cuanto la demandante no especifica qué concretos actos parasitarios del esfuerzo ajeno han sido realizados por los demandados en relación a signos u otros similares que tampoco aparecen especificados.

Rechaza también la sentencia la violación de secretos en relación a lo dispuesto en el artículo 13 LCD puesto que el envío por los demandados de distintos correos electrónicos con ficheros adjuntos relativos a datos de facturación, ventas, costes y márgenes y listado de clientes de la alianza FPS carecen del carácter secreto que exige dicho tipo.

En lo que respecta a la actuación contraria a la buena fe ex artículo 5 LCD se refiere como ilícito a la captación masiva de clientes generando elevados ingresos de explotación en el primer mes que no se alcanzan posteriormente, hecho acreditado con la prueba pericial contable de D. Jenaro.

Rechaza la sentencia no obstante la prohibición de contactar con ningún cliente en el plazo de un año, pues el ofrecimiento de servicios es lícito si va acompañado del respeto a las reglas de la buena fe.

Acepta por último la sentencia la indemnización de daños y perjuicios distinguiendo dos apartados. Por un lado, los gastos derivados de la urgente reposición de los puestos de trabajo (18.406,66 €). Por otro, el beneficio dejado de obtener por la pérdida de más de doscientos clientes (1.411.362,58 €) que se calcula en la citada pericial del Sr. Jenaro atendiendo al promedio de facturación de dichos clientes en los años 2004 a 2008 aplicando el porcentaje medio de margen bruto de explotación durante el periodo de un año.

SEGUNDO. Frente a la anterior sentencia se alza el recurso de apelación interpuesto por los demandados, en el que se alega como primer motivo la infracción de normas y garantía procesales al amparo de lo dispuesto en el artículo 459 LEC.

Al respecto considera el recurso que la sentencia carece de razonamiento lógico que establezca qué concreta prueba ha llevado a establecer los hechos probados. Añade que se infringe lo dispuesto en el artículo 209.2º LEC al no consignarse en los antecedentes de hecho que concretas pruebas, "con nombre y apellidos", con su motivada valoración han sido tenidas en cuenta para llegar a la conclusión expuesta en los fundamentos de hecho y en el fallo. Señala que en apenas dos folios la sentencia sintetiza lo que considera el hecho probado con vagas y abstractas alusiones a la prueba practicada. Estas alegaciones se complementan con reproches ajenos al motivo alegado, como que el Ilmo. Sr. Magistrado considerase innecesaria la declaración de todos los testigos o el tiempo concedido para las conclusiones, al margen de que el recurso acabe valorando las preguntas que efectuó a algunos testigos el Ilmo. Sr. Magistrado a quo, que entiende formuladas de manera capciosa y sugestiva, lo que no constituye sino una parcial e interesada valoración de dichas preguntas por la parte recurrente.

En su escrito de oposición al recurso, señala la demandante que la circunstancia de que la sentencia no contenga todos los datos que reseña el artículo 209 LEC no constituye una exigencia formal ni produce indefensión en la contraparte, que conoce el resultado de la prueba practicada y le permite entender las



interpretaciones y reflexiones realizadas por el Juzgador a quo. Añade que la sentencia efectúa una valoración de la prueba con referencia a la prueba practicada, complementada con doctrina jurisprudencial.

Hemos de advertir que lo que establece el artículo 209 LEC, que se dice infringido, es que en los antecedentes de hecho se consignen las pruebas que se hubieren propuesto, lo que no implica que en dichos antecedentes se incluya ninguna valoración de la prueba. Por otra parte la ausencia de este requisito formal difícilmente puede generar indefensión, dado el evidente conocimiento de las partes de las pruebas practicadas.

Tampoco es exigible la valoración de todas y cada una de las pruebas, como pretende el recurso, desde el momento en que se admite la valoración conjunta, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2008. Tal permisión la matiza exigiendo, por un lado, una cierta armonía de resultados (en el sentido de que todos o una amplia mayoría de los elementos de prueba se manifiesten en una forma unidireccional), y vedando, por otro lado, la elusión de las normas de prueba legal o tasada.

El Tribunal Supremo ha relacionado también la valoración de la prueba con la motivación (sentencia de 3 de octubre de 2012, R. 533/2010), pero siempre teniendo en cuenta que lo relevante es determinar si la resolución permite conocer los criterios en que se basa la decisión y que los mismos conformen una fundamentación en derecho, como garantía de que no existe una aplicación arbitraria de la legalidad.

Nada de ello sucede en el caso que nos ocupa, puesto que la inclusión de hechos probados unida a la exposición de las razones que conducen a obtener la solución alcanzada impide que pueda atribuirse a la sentencia cualquier defecto de motivación. El hecho de que se incluya esa relación de hechos probados es suficiente garantía para excluir cualquier clase de indefensión, ya que permite a las partes poner en relación las pruebas practicadas con tales hechos en orden a defender sus respectivas posiciones. Tampoco concurre una mera y genérica remisión a la prueba, dado que la declaración de hechos probados va referida expresamente a la transcripción de los correos electrónicos. No hay que olvidar además que el conjunto de los elementos de prueba inciden en la circunstancia esencial sobre la que gira la infracción, que es la captación masiva de empleados y clientes. Por ello no podemos apreciar que en este caso se impida a la parte conocer los criterios en que se basa la sentencia recurrida.

TERCERO. Como segunda de las alegaciones en que se sustenta el recurso se hace mención a la vulneración de la tutela judicial efectiva por denegación de prueba testifical propuesta y admitida inicialmente por el juez a quo. El motivo se funda en que entendió suficiente interrogar a solo tres de los trabajadores y a tres de los clientes propuestos y admitidos como testigos, prueba que pretendía acreditar que la terminación contractual de los trabajadores fue provocada por el malestar generalizado existente.

El cauce adecuado para la práctica de pruebas que no se hubieran practicado en la primera instancia es la petición expresa a través del escrito de interposición del recurso, tal y como establece el artículo 460 LEC, de manera que no constituye ésta una alegación a considerar de manera aislada, sino en función de que proceda la práctica de dichos medios de prueba en la segunda instancia, aspecto sobre el que ya se ha pronunciado la Sala en sentido negativo.

CUARTO. De las alegaciones del recurso sobre los actos de inducción a los trabajadores y la captación ilícita de clientela (apartados tercero, cuarto y quinto)

Examinaremos a continuación las alegaciones del recurso relativas a los dos siguientes apartados (tercero y cuarto) relativos a los actos de inducción a los trabajadores, dada su relación y el que se contemplan los mismos argumentos. Añadiremos después las alegaciones del apartado quinto relativo a la captación ilícita de clientes.

Se refiere el recurso al error en la valoración de la prueba en relación al fundamento de derecho cuarto, es decir a la infracción consistente en la inducción por Ramitrans a la terminación de los contratos laborales, incluyendo los que mantenían con ITS los codemandados Sres. Sixto y Pascual, además de agentes y corresponsales.

Sostiene el recurso, por un lado, que no existió inducción a resolver las relaciones laborales y, por otro, que la marcha de 31 trabajadores no dejaba inoperativa a ITS.

Respecto a la inducción señala que el nuevo inversor, ajeno al sector, generó en los trabajadores una situación de sorpresa, impotencia y desesperación pues confiaban en la continuidad del proyecto anterior según se les había indicado. Además se añadía el descontento o malestar con los nuevos directivos, por su desconocimiento del sector, luego destituidos.

A tal efecto se remite a las declaraciones de las empleadas Aurora, Elisenda y Maribel (sic, Santiago), que manifestaron que se marcharon de ITS por el malestar existente y las dos últimas tenían ofertas de otra empresa (OPERINTER), al reconocimiento de decisiones erróneas en la nueva dirección (doc. 47 de la demanda, explicaciones del Sr. Conrado, directivo de ITS a un corresponsal) y la decisión de modificar los



órganos de dirección de la compañía (Documento 70 de la demanda), a las quejas de la directora financiera D<sup>a</sup> Coral sobre la nueva dirección (corroboradas por D<sup>a</sup> Aurora y por D. Eulogio y D. Hilario ), que generaron inquietud en la plantilla.

Añade que también se produjo un abandono masivo de empleados en delegaciones de ITS fuera de Madrid (Barcelona, Valencia, Sevilla, Algeciras) y que RAMITRANS LOGÍSTICA era una nueva empresa que necesitaba personal que contrataron libremente.

Respecto a la situación de ITS tras la marcha de los trabajadores dice que ITS disponía de más de 300 empleados (Doc. 18 de la demanda y declaración de D. Eulogio ) y que la empresa no podía resultar inoperativa por que la abandonen 31 empleados.

El apartado cuarto del recurso se refiere al fundamento jurídico quinto de la sentencia, que analiza la inducción a la infracción contractual prevista en el artículo 14.2 LCD .

En este caso se vienen a reproducir los argumentos expuestos anteriormente y añade que con antelación a la marcha de los codemandados Sres. Pascual y Sixto y desde el 18 de abril de 2008 otros empleados abandonaron ITS ante el cambio de accionariado. Se refiere a las diversas delegaciones de la compañía y a la contratación de 39 trabajadores por OPERINTER, otra empresa del sector. En el resto de delegaciones ocurrió lo mismo que en Madrid.

El apartado quinto del recurso se refiere al fundamento jurídico noveno de la sentencia, que contempla la captación ilícita de clientes como actuación contraria a la buena fe contemplada en el artículo 5 LCD .

Parte el recurso afirmando la incongruencia del fundamento noveno de la sentencia en relación a lo expuesto en párrafos anteriores, incongruencia que debemos rechazar en cuanto se vienen a mezclar las apreciaciones que efectúa la sentencia sobre captación de clientela con las que se realizan en fundamento precedente (séptimo) en el que se analiza la infracción prevista en el artículo 12 LCD y que expresamente destacan que la captación de clientela debe examinarse por el cauce adecuado.

A este respecto señala el recurso que los tres testigos que declararon en el juicio y que fueron clientes de la actora (ARAVAN, HTS y PROMOSTOCK) mostraron la confianza que tenían depositada en D. Sixto y añade que los demandados, profesionales dedicados a este sector durante largos años, conocían a las empresas a las que ofrecían sus servicios, de manera que dirigirse a sus anteriores clientes no constituye ningún ilícito.

QUINTO. De las alegaciones del escrito de oposición sobre los apartados tercero, cuarto y quinto del recurso.

Se rechaza por la parte apelada la existencia de malestar en los trabajadores por causas imputables a ITS sino que procedía de manifestaciones de los propios codemandados.

A tal efecto refiere la declaración de las tres ex-empleadas citadas y su interés en el pleito y añade que la Sra. Aurora declaró que el rumor sobre los despidos se lo comentó Pascual .

Señala además que el desconocimiento del sector por parte de los nuevos directivos no fue percibido por ninguna de las empleadas directamente, en referencia a las declaraciones de D<sup>a</sup> Elisenda y D<sup>a</sup> Maribel .

Ningún malestar se manifestó a los nuevos directivos ni tal hecho se incluyó en las cartas de baja de los empleados. Tampoco los nuevos directivos interfirieron en la labor de los responsables de departamento.

Todos los empleados recibieron ofertas de los Sres. Pascual y Sixto y de otros antiguos directivos, sin proceso previo de selección alguno ni considerar dichos empleados otras ofertas y ello entre los meses de mayo y julio de 2008, facilitando el Sr. Pascual datos personales de los empleados de ITS a RAMINATRANS, como se desprende del doc. 12 de la demanda (3.2.16).

En relación a los documentos 47, 60, 70 y 118 de la demanda citados por la apelante señala que los documentos fueron redactados con el único objeto de desmentir los rumores creados por los Sres. Sixto y Pascual y frenar la fuga de empleados y clientes.

En relación a las manifestaciones de la Sra. Coral destaca el escrito de oposición que ésta no fue citada para declarar por la parte demandada y que el Sr. Hilario señaló que sus manifestaciones fueron posteriores a la marcha de los trabajadores y la Sra. Aurora declaró que su reunión con Coral se produjo una o dos semanas después de la marcha de los Sres. Pascual y Sixto .

Rechaza la apelada que se produjera una marcha en bloque de empleados de ITS a otras empresas simultáneamente:

(i) 38 empleados comenzaron a trabajar en RAMINATRANS LOGÍSTICA

entre los meses de agosto de 2008 y enero de 2009 y 4 más en RAMINATRANS.



(ii) 24 empleados se marcharon a OPERINTER LOGISTICS ANDALUCÍA durante enero y febrero de 2009, es decir, cuando ITS había sido descabezada y estaba sufriendo pérdidas de clientes millonarias.

(iii) Únicamente 13 empleados de todas las oficinas de ITS en España se incorporaron a OPERINTER LOGISTICS en octubre de 2008 (tras la huida masiva de empleados hacia RAMINATRANS LOGÍSTICA)

Se trata en consecuencia de bajas posteriores al desmantelamiento de la plantilla que efectuaron los Sres. Sixto y Pascual , orquestados por RAMINATRANS.

Reproduce a continuación el escrito de contestación las alegaciones en que se sustentaba la demanda. El cambio de accionariado no afectó a la actividad de ITS, sin invadir el terreno de los directores (Declaración del Sr. Eulogio y de D<sup>a</sup> Elisenda ).

Los Sres. Sixto y Pascual , con conocimiento y autorización de RAMINATRANS gestaron un plan para la creación de una nueva empresa a la que se transferirían empleados, directivos, agentes y comisionistas (declaraciones del Sr. Hilario , que manifiesta que el propietario de RAMINATRANS le indicó que llevaba hablando del tema con el Sr. Pascual más de un año, y declaración del Sr. Eulogio , que refiere los comentarios de Julio al que contactó el Sr. Pascual uno o dos meses antes de su conversación para montar la delegación de RAMINATRANS en Barcelona) Añade la declaración de Doña. Santiago sobre el proyecto en el que iban a estar ambos codemandados, que prácticamente en el momento en que abandonaron ITS fueron nombrados administradores de RAMINATRANS LOGÍSTICA.

Respecto a las gestiones desarrolladas en la captación de directivos y empleados se refieren los correos electrónicos mantenidos con los agentes de la compañía obrantes en el doc. 12 de la demanda y los intentos de desviar pedidos de los clientes (ON TIME, G-3 SPORT y AMICHI, documentos 155, 156 y 157 de la demanda), además de búsqueda de locales, contratación de vehículos en renting y envío de datos personales de trabajadores a RAMINATRANS para las gestiones de los nuevos contratos (doc. 12 de la demanda apartados 3.2.6, a 3.2.10 y 3.2.12. a 3.2.15). Las declaraciones de las tres ex empleadas de ITS mostraron que los demandados circularon diversas afirmaciones por las que los nuevos propietarios estaban decididos a realizar recortes de personal y la venta de la empresa a un tercero.

Todo ello dio lugar a la contratación de 33 de los 59 trabajadores de la plantilla de la oficina de ITS en Madrid, entre ellos cinco directores de departamento y el coordinador de la red de comerciales.

Respecto a los clientes añade el escrito de oposición que recibieron suculentas ofertas de rebaja del precio con respecto a las tarifas de ITS.

Todo lo expuesto ocasionó la pérdida de más de 200 clientes que se incorporaron en su mayoría a RAMINATRANS LOGÍSTICA y el perito Sr. Jenaro puso de manifiesto que contrariamente a lo que ocurre con cualquier sociedad de nueva constitución su primer mes de actividad real (octubre de 2008) fue el mejor en volumen de facturación.

SEXTO. Valoración del Tribunal.

Hemos intentado sistematizar las alegaciones de las partes en lo posible en cuanto acaban conformando un auténtico totum revolutum de hechos e ilícitos, que se van entremezclando.

Analizaremos las cuestiones relativas a los ilícitos apreciados por la sentencia recurrida ya que en apelación quedan excluidos otros extremos de la demanda que fueron rechazados y no han sido objeto de recurso o impugnación.

El recurso, en definitiva, tiene por objeto impugnar el pronunciamiento de la sentencia en relación a los actos de inducción contemplados en el artículo 14 LCD y la apreciada infracción del artículo 5 LCD por ilícita captación (pérdida) de clientes, es decir, los ilícitos por los que fue parcialmente estimada la demanda.

RAMINATRANS LOGÍSTICA se constituye como sociedad de nueva creación en fecha 1 de agosto de 2008, participada íntegramente por RAMINATRANS, que no tenía oficina en Madrid, sociedad ésta dedicada, como ITS, al sector del transporte, prestando servicios integrales a sus clientes.

ITS disponía de diversas oficinas en España, delegaciones en Argentina y Marruecos y una red de agentes y corresponsales por todo el mundo, con un total de unos 300 empleados. La oficina principal se encontraba en Madrid y formaban parte de la misma 59 trabajadores. Entre mediados de agosto y primeros de octubre abandonan la empresa 33 trabajadores (la mayor parte de ellos en el mes de septiembre y solo dos en fecha 1 de octubre de 2008). Entre esos trabajadores se encuentran la mayoría de los directores de departamento. De los siete directores de departamento (Terrestre, Marítimo, Aéreo, Comercial, Aduanas, Logística y Administración) cinco abandonan ITS (Sres. Sixto y Pascual , Mateo , Romualdo y Maribel ) además del coordinador de red de comerciales (Sr. Julio ).



ITS fue adquirida por una sociedad inversora (BESTIN SUPPLY CHAIN) en fecha 18 de abril de 2008. Y nombró a D. Hilario nuevo consejero delegado.

Con la demanda se acompañaron una serie de correos electrónicos enviados o recibidos por D. Pascual . En los mismos se puede comprobar cómo se realizan visitas a los agentes (Garvin Tsang, doc. 12 de la demanda, 3.1.1) para presentarles a su nuevo jefe (el Sr. Hilario ). En uno de esos correos, de fecha 12 de mayo de 2008 (doc. 12 de la demanda, 3.2.3) se pone de manifiesto por el Sr. Pascual que la empresa ha sido vendida y que ese ya no es su proyecto, y añade: "dado que no se cuanto tiempo estaré en ITS estamos buscando nuevos proyectos fuera de ITS." (traducción en pg. 16 de la demanda).

Lo que destacan estas comunicaciones es el breve lapso de tiempo transcurrido desde que adquiere la compañía BESTIN hasta que se muestra con claridad el deseo de abandonar la sociedad por parte del Sr. Pascual , de lo que no se desprende ningún malestar entre los trabajadores en ese momento que fuera provocado por ningún hecho concreto, y menos por la dirección de la compañía. Tampoco que se hubieran alterado las funciones y responsabilidades de los directores de departamento. De hecho, el Sr. Pascual acompaña en el viaje al nuevo consejero delegado de ITS.

Es decir, ya al menos a mediados de mayo de 2008 (ni siquiera transcurrido un mes desde la adquisición de ITS por parte de BESTIN) es evidente que el Sr. Pascual había tomado la decisión de abandonar ITS a consecuencia de la adquisición de la empresa por otra sociedad y en esos momentos ya desarrolla una serie de actuaciones en su relación con los agentes, manteniendo en su viaje conversaciones reservadas, al margen del Sr. Hilario (doc. 12, 3.2.2, en relación a Eleuterio , o 3.2.3, en relación a Garvin Tsang; hecho que se menciona en la pg. 16 de la demanda), y mostrando su decisión de acometer nuevos proyectos fuera de ITS.

Y lo mismo se aprecia en relación a los correos mantenidos con Efrain , de la delegación en Argentina, el 13 de mayo de 2008, a través de los cuales se le ofrece participar en el nuevo proyecto: "otro tema que tenemos que ver, es como entrarías tu, como sucursal independiente o comoÑÑÑÑ", "entonces tu quieres entrar como socio en XXXX argentina, noÑÑÑ", " Efrain , con cuantas personas contarías para este proyecto"; Efrain : "vienen todos no queda nadie aquí" (Doc. 12, 3.2.4 y 3.2.5).

En el mes de junio ya efectúa gestiones el Sr. Pascual para la búsqueda de naves industriales y para la disposición de vehículos de dirección en renting (doc. 12, 3.2.6 a 3.2.11). Es evidente, en consecuencia, que el Sr. Pascual no estaba actuando en solitario ni con sus propios medios, sino que estaba respaldado por otro proyecto empresarial.

Todo ello muestra que no nos encontramos ante una situación que espontáneamente surge entre los trabajadores, sino ante una decisión que se gesta (al menos) inmediatamente después de ser adquirida ITS por BESTIN, con el desarrollo y ejecución de un nuevo proyecto que no acometen como es obvio por su cuenta el Sr. Pascual o el Sr. Sixto , pues comporta una serie de inversiones tras las que aparece de inmediato RAMINATRANS a través de la constitución de una nueva sociedad, para su implantación en Madrid.

Resulta significativo que el supuesto malestar de los trabajadores como justificación del cambio masivo de empleados se pretenda sustentar y derivar del descontento de una de las directoras, D<sup>a</sup> Coral , que no ha declarado como testigo, empleándose manifestaciones suyas por referencia, y que de hecho permaneció en ITS e incluso fue una de las personas de ITS que cooperaron con los técnicos de CYBEX para elaborar la pericial informática aportada por ITS (doc. 12 de la demanda, pg. 4, f. 177).

Esto no quiere decir que no existieran dichas quejas, lo que reconoce el Sr. Eulogio (36:00) o el Sr. Hilario (49:00) ambos directivos de BESTIN. Sin embargo, todos los testigos que se refieren a la Sra. Coral confirman que esas quejas se producen cuando ya se habían iniciado los hechos y, en concreto, el desvío de personal. Así lo señaló el Sr. Hilario (49:00) y la propia ex empleada Sra. Coral dijo que esas quejas se manifestaron al personal por la Sra. Coral cuando ya se habían ido varias personas (1:22:00) y después precisa señalando que la reunión que convocó la Sra. Coral se produjo una o dos semanas después de que abandonaran la empresa los Sres. Pascual y Sixto (1:28:00). Y la testigo y también ex empleada Sra. Elisenda de igual modo manifiesta que la Sra. Coral les convocó a finales de Agosto (1:31:00). No podemos admitir por lo tanto que el origen de un desplazamiento masivo de los empleados a RAMINATRANS LOGÍSTICA se hubiera derivado de que el descontento de la Sra. Coral provocara esa situación que se trasladara al resto de empleados.

Estas quejas por lo tanto, no pueden, en el contexto expuesto, justificar que de las mismas se derivase una excusa para que se produzca un abandono masivo de la sociedad, más cuando, reiteramos, la Sra. Coral no abandonó la sociedad, y mucho menos tiene relación con la propagación de rumores sobre supuestos despidos masivos o sobre la venta de la sociedad, que carecen de respaldo probatorio alguno. Es más, la ex empleada Sra. Aurora manifiesta que el rumor de que se iban a producir despidos se lo comentó el Sr. Pascual . (1:28.00).





El desvío de trabajadores es una actuación que se había preparado e iniciado con anterioridad.

El recurso se refiere a determinados documentos en los que se muestra la existencia de discrepancias sobre la gestión de la empresa:

En el doc. 47-2 de la demanda el responsable de relaciones internacionales, D. Conrado , tras las quejas que se estaban recibiendo (doc. 47-1) manifiesta al agente Eleuterio el 30 de septiembre de 2008 lo siguiente:

"Como sabes, tras la venta de ITS al Grupo Bestin, la nueva dirección asumió la empresa, adoptando decisiones erróneas que afectaron a su normal funcionamiento y algunos miembros de su personal no aceptaron dicha situación. Algunos de ellos se marcharon de la empresa pero otros seguimos en ITS, reconstruyendo la oficina de Madrid"

"Todo el personal de Bestin, imagino que conocías Don. Hilario , ha sido apartado de la Dirección y actualmente el antiguo personal de ITS y Benatrans nos ocupamos de la toma de todas las decisiones referentes a tráfico y negocios. A partir de ahora todos los acuerdos y contratos internacionales serán gestionados desde Barcelona que será la oficina principal."

Es decir, se reconoce la adopción de decisiones erróneas, el cambio de la Dirección y el traslado de la oficina principal de Madrid a Barcelona.

Por otra parte al inicio de septiembre, el Presidente del Consejo de Administración de ITS dirige un comunicado a los empleados de fecha 3 de septiembre de 2008 en el que manifiesta lo siguiente (docs. 69 y 70 de la demanda):

"Tras las salidas de personal acaecidas en las últimas semanas, el Consejo de Administración de ITS, considerando vuestras opiniones, ha decidido modificar los órganos de dirección de la compañía (.) No participarán en el [proyecto] personas ajenas al negocio transitario."

El Presidente de la compañía accede a cambiar a la cúpula directiva a fin de que dicha función no sea desempeñada por personas ajenas al negocio transitario.

Se menciona también en el recurso el doc. 118 de la demanda que en realidad no recoge más que las disculpas a los clientes, manifestando únicamente que se produjo la salida de ITS de algunos directivos y miembros del equipo operativo de la delegación de Madrid.

Hemos de valorar por lo tanto si estas circunstancias permiten justificar la salida masiva de trabajadores. Para ello hemos de reiterar que a lo largo de los meses, y hasta que ya se inician los hechos, la Sra. Coral nada había manifestado sobre decisiones erróneas. También hemos de recordar que solo unos días después de que BESTIN adquiriera ITS el Sr. Pascual ya estaba preparando su nueva actividad y en ese breve lapso de tiempo no se produce otra cosa que la aparición de unos nuevos directivos, de lo que no se desprende motivo suficiente que justifique que meses después y de forma masiva los trabajadores abandonen ITS.

Pero es que además las justificaciones de las ex empleadas que declararon en el acto del juicio son sumamente vagas y contradictorias. Así D<sup>a</sup> Aurora manifestó que se fue porque temía por su puesto de trabajo y se comentaba que BESTIN pretendía vender la sociedad (1:12:00). Es decir, aparecen nuevas justificaciones que no solo no se constatan (pues no consta ningún plan de reducción del personal ni intento de venta alguna de la sociedad que nunca se produjo), sino que nada tienen que ver con decisiones erróneas de la nueva Dirección que, incluso de existir, tampoco acaban por precisarse, ni se comprende qué magnitud pueden tener para dar lugar a un desplazamiento masivo de personal. Resulta significativo que quien comentó a la Sra. Aurora posibles despidos fuera el Sr. Pascual (1:28:00). Como se puede comprobar los motivos van cambiando según se profundiza en las causas. Mayores vaguedades se desprenden de la declaración de la también ex empleada Sra. Elisenda , que manifiesta descontento con la nueva Directiva y el desconocimiento del sector (1:31:00) y lo mismo sucede con Doña. Santiago que manifiesta que no le gustaba la forma de actuar de la nueva Directiva y que no conocían el trabajo en este sector (1:46:00).

El recurso viene a señalar que se habían producido bajas en otras delegaciones de la empresa, pero no se realiza un estudio de fechas que permita determinar el momento de tales bajas, y tampoco se profundiza en sus causas, y la apelada destaca que se trata de hechos posteriores a los acaecidos en la sede de Madrid, de manera que bien pueden considerarse consecuencia del desmantelamiento de la oficina principal; es decir, de dificultades reales de la empresa, pero derivadas de previos actos ilícitos. Hemos de señalar que estas otras bajas no alteran la valoración que aquí se realiza atendiendo al iter de los acontecimientos y a las pretendidas causas de justificación de un abandono masivo por parte de la plantilla. Si apreciamos ese iter, como venimos señalando, podemos comprobar que el pretendido descontento por decisiones erróneas de la nueva dirección (BESTIN) habría, en su caso, dado lugar a un abandono de los trabajadores ya en meses previos y de forma aislada o escalonada, mientras que lo que aquí se aprecia es un abandono concentrado y masivo, desde



mediados de agosto y en el mes de septiembre, y no en meses anteriores, mediando siempre ofertas dirigidas a la nueva sociedad constituida por RAMINATRANS y que conducen a los trabajadores a dicha sociedad.

No se aprecia causa suficiente que justifique una masiva salida de trabajadores. En primer lugar porque ello no hace desaparecer las actuaciones que se habían iniciado muchos meses antes por parte del Sr. Pascual (siempre en favor de RAMINATRANS) y porque tampoco hace desaparecer el hecho de que se efectuaran sistemáticas ofertas para abandonar la sociedad y unirse a RAMINATRANS LOGÍSTICA. Ni siquiera cualquier clase de inquietud que generase la nueva Directiva justifica que RAMINATRANS se sirviera de ello para implantar su actividad en Madrid provocando el desplazamiento de los empleados de ITS. El curso causal no muestra la existencia de unos empleados descontentos por motivos justificados que resulten suficientemente graves para que les motive a abandonar la empresa. Por el contrario lo que aparece es un plan para la implantación de RAMINATRANS en Madrid a través de la constitución de una nueva sociedad que se inicia meses antes y la rápida y masiva contratación del personal de ITS.

El artículo 14 de la LCD (nos referimos siempre, por razones temporales, en todos los preceptos citados, a la redacción anterior a la modificación operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, aunque en este caso no se ve modificada) sanciona, además del aprovechamiento de la infracción contractual ajena, un comportamiento realizado en el mercado por persona que participa en él y con fines concurrenciales (arts. 2 y 3 ), consistente en la inducción o, lo que es lo mismo, la instigación o el hacer surgir en otro, sea un trabajador, un proveedor, un cliente o demás obligados, la resolución o determinación:

(a) de infringir alguno de los deberes contractuales básicos integrados en la relación jurídica que le liga a un competidor de quien induce o,

(b) de terminar regularmente la vigencia de ese vínculo, siempre que, en este caso, tenga la inducción por fin difundir o explotar un secreto industrial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

En todos los casos se requiere la preexistencia de una relación contractual entre el competidor y el inducido, sobre la que incide el inductor. La diferencia determinante radica en el elemento finalista: en el primer caso (inducción a la infracción de deberes contractuales) el objetivo buscado es que el inducido incumpla deberes básicos derivados del contrato, una de cuyas manifestaciones podrá ser la relativa a mantener o respetar el vínculo contractual por el tiempo convenido en el pacto.

En el caso que nos ocupa la actora ITS, aquí apelada, viene refiriéndose al incumplimiento del plazo de preaviso. Sin embargo, este incumplimiento, incluso no apreciable en relación a todos los trabajadores sino solo a parte de ellos, no permite la aplicación del citado apartado del artículo 14 LCD pues no se trata de un deber contractual básico ( Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007 ).

Si la influencia se dirige a la ruptura de una relación que admite el desistimiento unilateral o, en su defecto, cuando ese desistimiento se ajusta a las exigencias de la buena fe, no existirá el tipo contemplado por el apartado 1, porque no hay incumplimiento de deber básico sino, en su caso, inducción a la terminación regular del contrato prevista en el apartado 2, cuyo supuesto es un contrato que tiene atribuida legal o convencionalmente esa facultad de denuncia unilateral.

Nos encontramos por lo tanto ante éste segundo supuesto en el que, según hemos señalado, son las ofertas efectuadas en beneficio de RAMINATRANS LOGÍSTICA las que mueven a los trabajadores a abandonar ITS. Se trataba de una actuación dirigida por RAMINATRANS y preparada meses atrás. Los empleados van recibiendo las ofertas y las bajas se concentran en un corto espacio de tiempo (declaración de la ex empleada Sra. Aurora , 1:17:00; declaración de la Sra. Elisenda , 1:36:00; remisión por el Sr. Pascual del DNI del empleado D. Ángel Daniel a RAMINATRANS por correo electrónico el 15 de julio de 2008, empleado que es quien primero causa baja en ITS el 15 de agosto, doc. 12 de la demanda 3.2.16).

La inducción a la terminación regular de un contrato requiere la concurrencia de circunstancias añadidas para que pueda reputarse conducta desleal, aspecto añadido que en el caso que nos ocupa se refiere a la intención de eliminar a un competidor del mercado o circunstancias análogas. No es preciso que se persiga la desaparición del competidor o su expulsión del mercado. Basta que la agresión comporte el desmantelamiento de su estructura, incluso de una delegación como es aquí la oficina principal de Madrid, zona en la que pretende implantarse RAMINATRANS constituyendo una nueva sociedad. Estas circunstancias concurren en este supuesto, no solo por el traslado masivo de trabajadores (33 de los 59 trabajadores de dicha oficina) sino porque se incluye la mayor parte de los directores de departamento (cinco de siete: Comercial, Aéreo, Terrestre, Marítimo y Aduanas), además del coordinador de la red de comerciales. La propia recurrente, al criticar la actuación de la nueva propietaria, BESTIN, ha destacado que quienes verdaderamente tenían los conocimientos necesarios para desarrollar la actividad de ITS como transitaria en el sector del transporte



eran esos directores, al margen de que por su propia naturaleza requiera trabajadores con la suficiente preparación. Ya hemos destacado que ese desmantelamiento se produce en breve plazo, de manera masiva, con la incorporación en bloque a RAMINATRANS, lo que evidencia la finalidad obstaculizadora de la inducción que justifica la aplicación del artículo 14.2 LCD .

SÉPTIMO. Valoración del Tribunal. Captación ilícita de clientela.

La sentencia recurrida analiza la captación de clientela a la luz del artículo 5 LCD (en su redacción anterior), es decir, como acto objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En este caso la ilicitud se hace derivar de la captación masiva de clientes, atendiendo a las circunstancias del caso.

La apreciación de un ilícito del artículo 5 LCD en relación con este tipo de situaciones, debe depender del prevalimiento de ventajas obtenidas no mediante el propio esfuerzo sino parasitando el ajeno ("conductas ineficientes" o contrarias al "principio de competencia por mérito de las propias prestaciones"), lo que ha de enjuiciarse a la luz de las circunstancias concretas de cada caso.

El contenido concreto del ilícito se contempla, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero y 16 de abril de 2008 y 17 de abril de 2009 . Como señalaba esta última: "[.] para que se justifique la imputación del juicio de deslealtad [ artículo 5 LCD ] hacia ese tipo de actuaciones [captación de la clientela] hace falta que se den unas circunstancias muy significadas. Así, no cabe admitir un concepto patrimonial de la clientela, pues el empresario no ostenta sobre la misma ningún derecho de exclusiva y menos de propiedad, estando sometida a las leyes del mercado, de manera que el ofrecimiento de servicios a la misma no puede reputarse desleal. La clientela no es un bien jurídico que deba permanecer al margen del proceso de selección que implica la competencia. El cliente elige entre los servicios que le ofrece el mercado según su interés, por lo que la captación de clientela no es en sí reprochable salvo que para ello se empleen medios de un tercero. Lo que hubiese sido reprochable es que antes de marcharse los demandados hubieran comenzado a desviarla para la nueva empresa desde el interior de la que estaban a punto de abandonar o que hubiesen empleado de otro modo recursos pertenecientes a ésta para conseguirlo. Acreditar el uso de tales medios ilícitos por los demandados resultaría imprescindible para sostener el reproche de deslealtad. Además, hay que remarcar la licitud con la que actúa el que estando al corriente del desenvolvimiento y la suerte de las relaciones jurídicas que entablaba su anterior empresario con terceros hayan podido luego procurar el desvío de esos sujetos hacia el ámbito de actuación de la nueva empresa, lo que resulta lícito e incluso entronca de forma intrínseca con las reglas del juego concurrencial. Las habilidades, capacidades, experiencia y conocimiento del sector que componen la formación y capacitación profesional del trabajador son de libre e incluso necesario uso por el mismo, con el consiguiente aprovechamiento por la nueva empresa que lo emplea, en el ulterior desarrollo de su vida laboral, o por la empresa que el antiguo empleado constituye, normalmente dedicada al mismo sector en el que ha adquirido aquellos valores".

En su sentencia de 1 de junio de 2010 el Tribunal Supremo ha declarado que el artículo 5 se infringe cuando se contravienen los usos y costumbres admitidos como correctos por todos los participantes en el mercado, pues la buena fe, legalmente contemplada, no es sino la confianza o justa expectativa que, en relación con la conducta ajena, tiene quien concurre en el mismo, determinada por lo que es usual en el tráfico.

Debemos destacar que el artículo 5 no puede confundirse con otros ilícitos concurrenciales. De este modo, no procede su aplicación cuando falta algún requisito para aplicar la norma correspondiente a un supuesto concreto ( SSTS de 8 de julio y 15 de diciembre de 2008 , entre otras muchas). Tampoco la apreciación de cualquiera de los tipos previstos en los artículos 6 a 17 LCD (redacción anterior) comporta que la misma conducta se considere sin más contraria a la buena fe ex art. 5 LCD ( STS de 22 de febrero de 2008 , en cuanto "la figura genérica del art. 5 LCD exige necesariamente que no concurra una de las figuras típicas de los arts. 6 a 17 de dicha Ley ").

Por lo tanto la captación (o pérdida) de la clientela debe ir acompañada de alguna circunstancia que convierta en desleal una determinada actuación. La conquista de cuotas de mercado debe ser la recompensa del esfuerzo realizado por el competidor.

En otro caso, el conocimiento de los clientes no constituye una actuación ilícita en la captación.

Los clientes que han declarado a instancia de los demandados muestran que recibieron ofertas bien iguales o bien más ventajosas económicamente, decidiendo utilizar los servicios de dicha sociedad también por el conocimiento anterior o incluso la relación con el Sr. Sixto (ARABAN, 2:04:00; HTS, 2:14:00; PROMOSTOCK, 2:21:00).

La demanda (pg. 36) menciona también la desviación de pedidos, que sustenta en tres documentos que se corresponden con correos electrónicos muy posteriores a los hechos relatados (ya que se refieren a los meses de octubre y noviembre de 2008) y de los que nada se puede concluir. Así el documento 155 de la demanda,



referido a ON TIME, dice que esta empresa "dio la mercancía a quien no debía". Del documento 156 solo se desprende que una empresa rechazó trabajar con RAMINATRANS: "Estamos sopesando el poder dividir nuestro embarque y colaborar con vosotros pero, de momento y hasta nuevo aviso, seguimos trabajando en exclusiva con ITS como hemos hecho estos últimos años". El documento 157 refiere "problemas con nuestros agentes en China" y tampoco se extrae del mismo conclusión alguna. Ninguno de los representantes de estas empresas han declarado como testigos para poder conocer qué es lo que se reprocha en concreto a este respecto.

Sin embargo ese componente añadido concurre en este caso. Es evidente que los clientes pueden finalmente optar por mejores ofertas, pero ello no excluye que la pérdida de clientes, muchos de los cuales captan de inmediato las sociedades demandadas, en especial la de nueva creación que se implanta en Madrid, se produzca empleando una previa actuación obstaculizadora, que no es otra que el desmantelamiento de la oficina principal de ITS al que nos hemos referido. Esta situación impide a la actora competir en condiciones de normalidad y provoca como consecuencia la pérdida de clientela. Y puede comprobarse, y esto no queda desvirtuado en el recurso, que parte de esos clientes son captados de manera súbita y masiva para la nueva sociedad. La fulgurante implantación de ésta se relaciona directamente con la previa obstaculización de ITS que le sirve de trampolín para situarse en el mercado.

Es por ello que la pérdida de clientes por ITS (en gran medida captados por la nueva sociedad de inmediato) se relaciona con una previa actuación obstaculizadora u obstructiva de la que se sirven los demandados.

En consecuencia, el recurso debe ser desestimado en este aspecto.

OCTAVO. El apartado sexto del recurso interpuesto por los demandados se refiere a la valoración de los perjuicios causados.

A tal efecto señala que la sentencia considera que la cantidad de 1.411.362,58 € es la resultante solo del margen bruto de los 200 clientes que han sido captados, cuando en dicha cantidad se incluyen también los clientes que han ido a parar a otras empresas.

Por otro lado señala que se analizan las ventas anteriores en el periodo 2004-2008 sin considerar otros factores importantes como la crisis económica o la eficacia de las prestaciones de RAMINATRANS.

Señala que es un error considerar el margen bruto y no el margen neto que muestra la verdadera realidad respecto del beneficio dejado de percibir.

Añade que no se puede reclamar un daño por clientes no captados.

Señala que el perito se ha limitado a efectuar el cálculo correspondiente sobre las bases indicadas por la actora y por lo tanto no se ha puesto a su disposición las ventas netas realizadas a los clientes de manera que se incluyen aranceles e impuestos (pg. 7 del informe) sino que de la facturación debían descontarse los gastos de explotación.

Concluye señalando que el informe no refleja en consecuencia la realidad del daño sufrido.

En su escrito de oposición se refiere la apelada en primer lugar a las objeciones realizadas sobre las ventas netas. A tal efecto señala que la manifestación del perito sobre las ventas netas se encuentra en el apartado 3.2 del informe que únicamente tiene por objeto evidenciar las graves pérdidas sufridas por ITS pero no influyen en el cálculo de la indemnización fijada.

Respecto a la aplicación del margen bruto el propio perito judicial expuso en el apartado 3.2 del informe cómo se calcula el mismo, y comprueba que resulte acorde con las cifras del sector y así confirmó el perito en el acto del juicio la adecuación de esta magnitud para determinar el lucro cesante.

En relación a la inclusión en la indemnización de los clientes perdidos destaca que en el escrito de demanda se solicitó la indemnización por el lucro cesante correspondiente a la facturación de clientes perdidos por ITS y añade que, aunque no fueron captados por las sociedades demandadas, su pérdida es igualmente imputable a las actuaciones de los demandados.

Como se desprende del informe del Sr. Jenaro se perdieron más de 200 clientes pasando la actora a prestar servicio a 22.

El informe calcula la indemnización de un año partiendo de cifras reales de facturación. El perito añadió que la crisis del sector no influye en el margen bruto de explotación. La sentencia se muestra en consecuencia coherente con el ilícito contemplado y la petición efectuada.

Valoración del Tribunal.



Para que proceda la indemnización resarcitoria requiere el artículo 18 LCD que exista una relación causal entre la conducta desleal y los daños causados. No obstante como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2004 :

Dicho de otra forma, si por regla general las conductas ilícitas en materia de competencia desleal o marcas buscan el beneficio económico de quien incurre en ellas, su efectiva realización comportará normalmente un perjuicio para la víctima de la ilicitud, que verá disminuir sus ventas tanto como aumentan las del competidor desleal y que, por esa razón sobre todo, acude a los tribunales.

De ahí, por un lado, que no quepa apreciar infracción alguna en el pronunciamiento indemnizatorio fundado en el beneficio dejado de percibir por las actoras y en el beneficio obtenido por la demandada, a cuantificar en ejecución de sentencia; y de ahí, también, que convenga matizar lo declarado por esta Sala en algunas de sus sentencias, sobre la imperiosa exigencia de acreditar los daños y perjuicios en el proceso de declaración ( STS 20-2-01 en recurso nº 361/96 ), o sobre la falta de consolidación de la doctrina de los daños "in re ipsa" en estas materias ( SSTs 29-9-03 en recurso nº 3908/97 y 3-3-04 en recurso nº 889/98 ), mediante lo resuelto por aquellas otras que consideran los daños y perjuicios una consecuencia necesaria de la infracción ( SSTs 23-2-98 en recurso nº 3359/94 , 17-11-99 en recurso 790/95 , 7-12-01 en recurso nº 2483/96 y 19-6-03 en recurso nº 3289/97 ), pues raramente podrá darse la infracción que ningún beneficio reporte al infractor, o ningún perjuicio cause al demandante interesado en que cese la ilicitud, si se tiene en cuenta el interés económico que preside estos ámbitos, generalmente vinculados a actividades empresariales, e incluso la posibilidad de daño moral admitida por esta Sala en su sentencia de 18 de febrero de 1999 al resolver un recurso de casación en materia de marcas siendo demandante una persona física.

La indemnización solicitada por la demandante se basaba en dos conceptos:

1) El primero eran los costes de selección de personal derivados del desmantelamiento de la estructura de ITS. Por este concepto se reclamaban 18.405, 66 €, cantidad sobre la que no se ha planteado controversia.

2) El segundo concepto se compone del lucro cesante, por entender que la captación ilícita de trabajadores también ha comportado la captación ilícita de la cartera de clientes, con pérdida de más de 200 clientes. En relación a los clientes perdidos se distinguen dos conceptos indemnizatorios:

(i) Clientes captados por RAMINATRANS y RAMINATRANS LOGÍSTICA.

El cálculo de este concepto en el dictamen pericial se efectúa sobre el margen bruto de operaciones de ITS, margen que se aplica a las ventas efectuadas a esos clientes por RAMINATRANS y RAMINATRANS LOGÍSTICA en el periodo que transcurre entre Agosto de 2008 y Diciembre de 2009, de lo que obtiene un resultado para RAMINATRANS de 89,29 € y para RAMINATRANS LOGÍSTICA de 773.512,40 €.

(ii) Clientes perdidos no captados por las sociedades demandadas.

Se calcula en relación a estos clientes el importe de ventas previsible para una anualidad (septiembre 2008 - septiembre 2009). El dictamen aplica a la media de facturación para esos clientes del periodo 2004-2008 el margen bruto. Esta cifra asciende a 637.769, 89 €.

Hemos de advertir previamente que la sentencia se ajusta plenamente a las bases pretendidas en relación a la indemnización puesto que lo solicitado en la demanda (pg. 39) se refería tanto al margen dejado de percibir sobre la facturación de clientes captados como la de clientes perdidos como consecuencia del caos organizativo. Estos fueron los conceptos sobre los que se interesó la pericial y sobre los que se emitió el dictamen, de manera que la alegación del recurso resulta injustificada. Los perjuicios de la actora se centran en los clientes perdidos a consecuencia del desmantelamiento o desorganización provocada en su estructura empresarial. El cálculo, pues, debe ir referido tanto a clientes que se pierden en beneficio de otras empresas como a los clientes que se pierden en beneficio de las sociedades demandadas.

Por lo que respecta a la observación que realiza el perito sobre las ventas netas, observación a la que se refiere el recurso, hemos de indicar que afecta a un apartado que contempla un dato adicional:

"Adicionalmente, el perito, a partir de la contabilidad de la actora, ha obtenido las cifras de ventas que ésta ha realizado a los clientes referidos a partir del mes de agosto de 2008 y durante el ejercicio 2009". No se trata por lo tanto de un elemento determinante de la cuantificación con arreglo a las bases expuestas. Tampoco se solicitó sobre este aspecto concreto ninguna aclaración en el acto del juicio, aclaración que se centró en el margen bruto, la incidencia de la crisis y el lucro cesante.

Por cuanto se refiere al margen bruto aplicado, el perito define el concepto de margen bruto como la diferencia entre el importe de las ventas netas y el coste de los productos vendidos (pg. 8 del dictamen; T.VII, ff. 233 y ss). Añade que el margen bruto se calcula "a partir de las ventas netas que se obtienen de sustraer del importe



total de la factura los suplidos pagados por cuenta del cliente y, posteriormente, repercutidos en la factura (principalmente impuestos y aranceles). A dichas ventas netas, INTEGRAL TRANSPORT SERVICE, S.A. le resta los costes directos en los que debe incurrir para prestar el servicio del que se trate como fletes, transportes y distribución, comisiones, seguros, etc., obteniendo de esta manera el margen bruto de la operación". Por otra parte el perito ha comprobado que la cifra obtenida resulta acorde con el margen bruto medio del sector (pg. 9 del dictamen). En el acto del juicio añadió que se trata de la magnitud que determinaría el perjuicio obtenido y es la que se suele utilizar para determinar los lucros cesantes (2:35:00).

En consecuencia ofrece el perito una explicación cumplida y detallada sobre este aspecto.

Precisamente destacó el perito que el cálculo del lucro cesante se basa en una estimación de futuro, pero ésta se realiza sobre datos constatables como es la facturación del periodo 2004-2008 (2:38:00).

El recurso por otra parte se refiere a otra posible variable a tener en cuenta para el cálculo, como la incidencia de la crisis, de manera que sustituye el informe pericial por las propias valoraciones de parte sobre aspectos que, como indicó el perito, no dejan de resultar hipotéticos. Los recurrentes tuvieron oportunidad de interesar la ampliación del dictamen o solicitar un dictamen propio que contemplase cualquier otro extremo y no lo hicieron, y el dictamen elaborado a instancia de la actora no puede considerarse inapropiado para el cálculo pretendido, ni arbitrario o injustificado.

Visto lo expuesto el recurso debe ser desestimado.

NOVENO. Las costas de esta alzada deben ser impuestas a los recurrentes en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC .

## FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por RAMINATRANS LOGÍSTICA, S.L., RAMINATRANS S.L., D. Pascual y D. Sixto , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Seis de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, confirmamos la citada resolución, con imposición a los recurrentes de las costas causadas.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.