



Roj: **SAP CO 752/2012 - ECLI: ES:APCO:2012:752**

Id Cendoj: **14021370032012100288**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **3**

Fecha: **29/11/2012**

Nº de Recurso: **359/2012**

Nº de Resolución: **280/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA

SECCION Nº 3

SENTENCIA Nº 280/12

PRESIDENTE ILMO. SR :

D FRANCISCO DE PAULA SÁNCHEZ ZAMORANO

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES :

D FELIPE LUIS MORENO GÓMEZ

D PEDRO JOSÉ VELA TORRES

REFERENCIA:

JUZGADO DE ORIGEN: **JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº1 DE CORDOBA(ANTIGUO INSTANCIA 9)**

ROLLO DE APELACIÓN Nº 359/2012

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 301/2010

En la Ciudad de CORDOBA a veintinueve de noviembre de dos mil doce.

La SECCION Nº 3 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA, ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra autos de Procedimiento Ordinario nº 301/2010 seguidos en el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº1 DE CORDOBA (ANTIGUO INSTANCIA 9) promovidos por **BUDA WELLNESS SPORT S.L.** representado por el Procurador Sr **MIGUEL ANGEL CALVO DEL POZO** y defendido por la Letrado Sra. **MARIA PAZ AGUILAR VELASCO**, contra Adrian y XCARET WELLNESS CLUB S.L. representado por el Procurador Sr. **MANUEL COCA CASTILLA** y defendido por el Letrado Sr. **RAFAEL CINTAS JURADO DE FLORES**, pendientes en esta Sala en virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandante contra sentencia recaída en autos, siendo Ponente del recurso el Magistrado lltmo. Sr. Don **PEDRO JOSÉ VELA TORRES**.

Aceptando los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que seguido el juicio por sus trámites se dictó sentencia por el Sr. Juez del **JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº1 DE CORDOBA(ANTIGUO INSTANCIA 9)** cuyo fallo es como sigue: "QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda promovida por el procurador D. Miguel Ángel Calvo del Pozo en nombre y representación de BUDA WELLNESS SPORT S.L. contra D. Adrian Y XCARET WELLNESS CLUB S.L. y DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a los demandados de los pedimentos de la parte actora. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en el presente procedimiento."



SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de **BUDA WELLNESS SPORT S.L.** que fue admitido en ambos efectos, oponiéndose y formulando impugnación al mismo la parte contraria, remitiéndose los autos a este Tribunal y dándose al recurso la sustanciación que la Ley previene para los de su clase, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución, tras la deliberación y votación de este recurso.

TERCERO.- Que en la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, y

PRIMERO. - Para la resolución de las distintas cuestiones planteadas en el recurso, debemos partir de la base de que, a criterio de esta Sección, la creación de una nueva empresa por los integrantes de otra anteriormente existente no es en sí misma una conducta desleal, por lo que como tal actuación no puede fundar por sí sola un declaración de deslealtad, ni la condena al pago de una indemnización de daños y perjuicios. En efecto, tenemos dicho en resoluciones anteriores (por ejemplo, Sentencias de 13 de julio de 2006 y 10 de julio de 2009) que la Constitución Española, al reconocer en el artículo 38 el principio de libertad de empresa, institucionaliza la competencia económica como estructura de organización y ordenación del sistema económico. Desde un punto de vista jurídico-económico, la competencia es el motor del sistema de economía de mercado; o dicho de otro modo, la competencia es un valor normativo esencial de la libertad de empresa y, por ello, del sistema económico constitucionalizado. Por esta razón, la libertad de empresa requiere ser ejercitada por medio de una efectiva competencia empresarial, lo que entraña un doble requerimiento positivo: por un lado, todos los sujetos económicos pueden exigir la tutela y garantía de la propia iniciativa económica de concurrir empresarialmente en el mercado; por otro, cuando tales sujetos económicos ejerciten efectivamente dicha iniciativa económica concurrencial, han de proceder "competitivamente", aceptando además soportar la competencia proveniente de los sujetos concurrentes (y competidores). De modo que el sistema exige no sólo empresas "concurrentes" (pluralidad de empresas en cada sector del mercado), sino también empresas "competidoras" (lo que es tanto como decir empresas industrial o comercialmente <agresivas> respecto de las concurrentes). Como consecuencia de ello, la libertad de empresa conlleva también un requerimiento de orden negativo: no impedir, unilateral o concertadamente, el ejercicio de la iniciativa empresarial y competitiva ajena. En este mismo orden de ideas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2012, remitiéndose a la de 25 de febrero de 2009, establece textualmente: *"En cualquier caso, lo fundamental en la doctrina de esta Sala (...) es que por regla general la mera captación y trasvase de trabajadores de una empresa a otra que se va a fundar, o ya fundada, no constituye competencia desleal, como tampoco lo es el que un trabajador o directivo de una empresa pase a otra para ejercer la misma actividad profesional aprovechando su experiencia y conocimientos (SSTS 11-10-99, 1-4-02, 24-11-06 y 14-3-07), pues lo contrario supondría tanto como negar la movilidad laboral"*.

SEGUNDO - El recurso de apelación se fundamenta en la alegación de que ha existido error en la valoración de la prueba, u omisión de apreciación de la prueba practicada, para desestimar los distintos ilícitos concurrenciales imputados a las demandadas. Por tanto, habrá que revisar dicha prueba, en los términos del artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para determinar si las conclusiones a que llega el juez de instancia son adecuadas y razonables, sobre la base de que la valoración es una cuestión que nuestro ordenamiento deja al libre arbitrio del juez de instancia, en cuanto que la actividad intelectual de valoración de las pruebas se incardina en el ámbito propio de las facultades del juzgador, que resulta soberano en la evaluación de las mismas conforme a los rectos principios de la sana crítica, favorecido como se encuentra por la inmediación que le permitió presenciar personalmente el desarrollo de aquéllas; por lo que la revisión de la sentencia deberá centrarse en comprobar que la valoración probatoria aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida y que no adolece de error, arbitrariedad, insuficiencia, incongruencia o contradicción. A cuyo efecto, la parte actora-apelante imputa a los demandados un amplio elenco de comportamientos desleales (actos de confusión - art. 6 LCD -, omisiones engañosas - art. 7 LCD -, prácticas agresivas - art. 8 LCD -, explotación de la reputación ajena - art. 12 LCD -, violación de secretos - art. 13 LCD -, inducción a la infracción contractual - art. 14 LCD - y violación de normas - art. 15 LCD -), en relación con el incumplimiento de los deberes de lealtad propios de un administrador social, como consecuencia de una actuación que, resumidamente, habría consistido en que el demandado Sr. Adrian habría aprovechado la información que poseía como socio y administrador de la entidad demandante para aprovecharse de su reputación y crear una nueva empresa (en la que aparentemente no figura como socio, pero sí su hermana, con una titularidad del 25,6% del capital, a la que utilizaría como testaferro), dedicada al mismo género de actividad, a la que desvió una parte sustancial de la clientela.



TERCERO. - Pues bien, la prueba documental practicada acredita que el Sr. Adrian es cliente y usuario del denominado "Club Vital" (explotado por la sociedad demandada) y que ha aparecido en varios actos públicos como parte del equipo que administra y gestiona dicha empresa, con la que más que posiblemente colabore laboralmente; pero no consta que participe en el capital social de la compañía mercantil propietaria. Igualmente, se ha acreditado que la empresa actora ha sufrido un descenso significativo de negocio entre los años 2008 y 2009, que vendría a coincidir con la constitución y puesta en funcionamiento de la nueva empresa de la competencia. No obstante, más allá de tales apreciaciones, la prueba practicada en el juicio no es concluyente, puesto que viendo la grabación de dicho acto se aprecia la existencia de manifestaciones contradictorias: así, el testigo Emilio , que era cliente del gimnasio de la demandante y se dedica profesionalmente al diseño y construcción de instalaciones de este tipo, declaró que fue requerido por Adrian para intervenir en el diseño y construcción del nuevo establecimiento ("Club Vital") -aunque después no llegó a materializarse su intervención-, que Adrian se presentaba como dueño del nuevo negocio y que contactó con algunos monitores del gimnasio "Universal" para que se fueran con él al "Club Vital", ofreciéndoles mejores condiciones laborales; asimismo dijo constarle que Adrian había hablado con bastantes clientes de "Universal" para que se cambiaran al nuevo gimnasio, diciéndoles que no tendrían que pagar nueva matrícula y que le respetarían los precios pactados porque se trataba de empresas del mismo grupo. Por su parte, la testigo Elisabeth , cliente del gimnasio "Universal", confirmó que se había notado un gran descenso de clientes en dicho gimnasio, coincidiendo con la apertura del nuevo establecimiento y declaró que la habían llamado del gimnasio "Vital" (desconociendo como habían conseguido su número de teléfono) diciéndole que si entregaba la tarjeta de "Buda" (empresa del gimnasio "Universal") no tendría que pagar matrícula y que le respetarían el precio, ya que era la misma empresa; así como que todos los monitores de "Universal" se cambiaron a "Vital", aunque desconoce en qué condiciones, así como la recepcionista, a la que cree que Adrian le pidió que se llevara un listado actualizado de clientes. Por otro lado, la testigo Estibaliz , que trabajó en ambos gimnasios, aunque con un lapso temporal entre uno y otro, y que actualmente no trabaja en ninguno de ellos, manifestó que el ambiente laboral en la empresa "Buda" se fue enrareciendo por desavenencias entre los socios; que a ella Adrian no le hizo propuestas para cambiarse al nuevo negocio y que según tiene entendido el mismo es de su hermana, a la que durante el tiempo que trabajó en "Vital" veía allí habitualmente al cargo; que unos monitores se cambiaron directamente de uno a otro trabajo y otros lo hicieron tras ser despedidos del primero; que no le consta que Adrian tenga más vinculación con "Vital" que practicar allí actividades deportivas; que ella participó en la campaña de preventa de "Xcaret" y que no disponían de listados de socios de otros negocios, ni se le indicó que los socios de "Buda" pudieran acceder a "Vital"; que para los trabajadores desempeñar su labor en "Vital" suponía una promoción profesional y que los clientes de este tipo de negocios son muy cambiantes.

CUARTO. - De lo expuesto, no resulta concluyentemente que se realizaran los actos de competencia desleal denunciados en la demanda, pues que un socio de una entidad la abandone y participe en un proyecto para emprender un nuevo negocio de características similares o que un trabajador aproveche ofertas de nueva actividad profesional no son ilícitos concurrenciales en sí mismos, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta. Y no consta que el demandado Sr. Adrian sea socio de la entidad mercantil que ha instalado el nuevo negocio (la codemandada "Xcaret Wellness Club, S.L."), lo que podría constituir vulneración de sus deberes societarios (aunque ya no tiene cargo de administrador en la sociedad demandante, al haber sido cesado por la mayoría del capital social); resultando cuando menos dudoso atribuir a la hermana del demandado la mera función de testaferro cuando responde con su propio patrimonio de un aval personal por importe de 800.000 €, garantizado a su vez con una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad, lo que denota que su participación en la sociedad es mucho más importante que la de prestarse supuestamente a hacer de mera pantalla de su hermano. Por ello, del resultado de la prueba indicada, el único supuesto evidente de una posible actuación desleal vendría constituido por la presunta captación ilícita de clientela, ofreciendo una continuidad empresarial que no era cierta (en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2003). Sin embargo, como se ha dicho, no hay prueba concluyente al efecto, porque si bien los dos primeros testigos referenciados sí indicaron que podía haberse hecho tal ofrecimiento, con los posibles ilícitos concurrenciales derivados de actos de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena que ello implicaría, la tercera testigo, que además había trabajado en ambos gimnasios y en la promoción del segundo, lo desmintió. Es más, lo determinante es que se hubiera traído como testigo a algún cliente que efectivamente se hubiera cambiado de gimnasio convencido por dicha oferta y que corroborase lo dicho por los primeros testigos, pero ello no se ha producido; tampoco han declarado otros monitores que describieran su proceso de captación; y respecto del listado de clientes de la actora -elemento que también hubiera sido de gran trascendencia si se hubiera comprobado que se obtuvo por la sociedad demandada-, no declaró la recepcionista, que fue quien supuestamente lo habría obtenido para cedérselo a su nueva empresa. No sólo no consta que ni el demandado ni otra persona por encargo suyo sustrajeran o utilizaran indebidamente el listado de clientes de la demandante, sino que tampoco se ha probado que los demandados revelaran o se aprovecharan de ningún secreto comercial de la empresa actora. Es más, como dijimos en la Sentencia de esta misma Sección de 13



de julio de 2006 , la jurisprudencia excluye los listados de clientes del concepto de secreto empresarial, por cuanto no incorporan notas de originalidad o creatividad relevantes, sino que suponen mera recogida de datos de un mercado de consumo, y en sentido estricto, no reportan una ventaja en la actividad económica interna desarrollada por la empresa, a diferencia de los procedimientos de fabricación o de la invención industrial (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1999). En consecuencia, la utilización de esos listados por los trabajadores, a la terminación de su relación con la empresa, no puede ajustarse a la tipificación de la conducta como desleal con base en una pretendida violación de secretos; por cuanto los referidos listados no alcanzan el carácter de "secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso ilegítimamente" (artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal). Únicamente podría considerarse desleal la utilización de las listas de clientes, por infracción de la buena fe exigida por la cláusula general del artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal , cuando se den simultáneamente las tres siguientes condiciones: a) Que el listado no haya sido elaborado por el propio trabajador, sino por otros sujetos dentro de la organización empresarial; b) Que el listado contenga la información específica de la clientela que no sea de común conocimiento en el sector; y c) Que el acceso a la referida información provenga de la relación laboral o mercantil con la empresa misma, sirviéndose posteriormente de dicha información confidencial en el desarrollo de una actividad concurrente. Circunstancias que, como ya se ha adelantado, no se han probado y tampoco se ha acreditado que la empresa demandada tuviera una información sobre posible clientela diferente de lo habitualmente conocido en el sector.

QUINTO .- En cuanto al informe pericial, el economista Sr. Jose Francisco , tras comparar la actividad económica de la sociedad demandante durante los años 2008 y 2009, llega a la conclusión de que se produjo un descenso significativo de ingresos, que no se corresponde con la evolución normal de un negocio, sino a factores excepcionales. Ahora bien, no pudo concretar qué factores eran esos (por ejemplo, a preguntas de la letrada de la sociedad demandada, contestó que podía deberse a la crisis económica). No obstante, dada la coincidencia temporal, la similitud de la actividad de ambas sociedades y el posible trasvase de empleados y clientes, podríamos dar por cierto que la disminución del negocio de "Buda Wellnes Sport, S.L." estuvo directamente motivada por la implantación y puesta en funcionamiento de "Xcaret Wellnes Club, S.L."; pero ello lo que indica es que fue producto de una actividad concurrencial y competitiva, pero no que la competencia fuera desleal, puesto que todo negocio está sujeto a fluctuaciones y vaivenes en función de la incidencia de la competencia sobre un mismo mercado. Asimismo, en el recurso de apelación se hace un más que meritorio esfuerzo argumentativo en relación con la profusa documentación obrante en autos, de la que, según su criterio, se desprendería inequívocamente la deslealtad de la actuación del Sr. Adrian . Sin embargo, tales conclusiones no son tan evidentes como la parte pretende, por las siguientes razones, que tienen como denominador común que no todo acto de competencia, por patente que resulte su intención concurrencial, es desleal ni, por tanto, ilícito: a) La actitud del demandado que se refleja en el acta notarial de la junta de socios es la propia de un conflicto intrasocietario y su anuncio de problemas futuros puede referirse perfectamente a una actividad concurrente, pero no necesariamente desleal; b) del mismo modo, que el Sr. Adrian incrementase sus ingresos puede acreditar que trabajaba en el gimnasio de la demandada y no sólo era usuario del mismo, pero no demuestra que sea su propietario ni entraña actividad susceptible de ser calificada como competencia desleal; c) no puede presumirse que la hermana y cuñado del demandado sean meros títeres manejados por el mismo por el hecho de que antes no tuvieran relación con el negocio del entrenamiento deportivo y el cuidado físico; antes al contrario, lo que consta es que se han endeudado y responden con sus bienes del devenir de la inversión, lo que no se ha acreditado respecto del patrimonio del demandado; d) si el demandado es conocido a nivel local en el mencionado ámbito de negocio, es normal que ayude a su hermana y cuñado y que preste su imagen para la promoción de su negocio, sin que ello tampoco implique ilícito concurrencial. Razones todas por las que el recurso de apelación debe ser desestimado.

SEXTO .- En cuanto a la impugnación de la sentencia efectuada por la parte demandada por no haber condenado a la actora al pago de las costas, al acogerse el juez a la excepción prevista en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por entender que en el caso existen dudas de hecho y de derecho, tal y como hemos expresado en múltiples resoluciones, las concretas decisiones judiciales en aplicación de la legislación sobre costas procesales competen enteramente al Juez o Tribunal que conoce del correspondiente juicio o recurso, mediante resolución que ha de calificarse de estrictamente discrecional, aunque no arbitraria. Por esta razón, como expresan los Autos de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2004 y 22 de mayo de 2007, lo que el tribunal superior puede controlar es la correcta aplicación del principio del vencimiento, no las excepciones que del mismo haga el tribunal inferior. Y aún en el hipotético caso que cupiera el control del tribunal superior sobre dicha facultad de discrecionalidad reglada, ya hemos expresado que la prueba no es concluyente ni un sentido ni en otro y que existen coincidencias objetivas y subjetivas que hacen dudosa la resolución del caso. Por lo que la impugnación debe ser desestimada.



SÉPTIMO .- Las mismas razones que condujeron al juzgador de instancia a no hacer expresa imposición de las costas causadas siguen teniendo vigencia en esta segunda instancia, por las razones que se acaban de exponer, por lo que no procede hacer expresa imposición ni de las costas de la apelación, ni de las de la impugnación, según permiten los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Calvo del Pozo, en nombre y representación de la compañía mercantil "Buda Wellness Sport, S.L.", y la impugnación formulada por el Procurador Sr. Coca Castilla, en representación de D. Adrian y "XCaret Wellness Club, S.L.", contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil de Córdoba, con fecha 2 de mayo de 2012 , en el Juicio Ordinario nº 301/10, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia en todos sus pronunciamientos. Sin hacer expresa imposición de las costas de la apelación ni de la impugnación.

Notifíquese esta sentencia a las partes con indicación de que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno y de los recursos extraordinarios que, en su caso, cabrían contra ella, en los términos del Acuerdo de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011; y una vez firme, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.