



Roj: **SAP M 15716/2013 - ECLI: ES:APM:2013:15716**

Id Cendoj: **28079370282013100292**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **21/10/2013**

Nº de Recurso: **384/2012**

Nº de Resolución: **288/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 28 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación - 384/2012

Audiencia Provincial Civil de Madrid

C/ Gral. Martínez Campos, 27 - 28010

N.I.G.: 28.079.00.2-2012/0006615

Recurso de Apelación 384/2012

ROLLO DE APELACIÓN Nº 384/2012.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 338/2006.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid.

Parte recurrente: REYXE, S.A.

Procurador: D. Felipe de Juanas Blanco

Letrado: D. Ernesto Díaz-Bastián López

Parte recurrida: D. Braulio

Procuradora: D^aÁfrica Martín Rico Sanz

Letrada: D^a María Rosa Chico Contijoch

Parte recurrida: D. Gustavo

Procurador: D. Carlos Piñeira de Campos

Letrado: D. Juan Jacinto Baeza Rodríguez

Parte recurrida: D^a Sofía

Procurador: D. Gonzalo Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla

Letrado: D. Román Ruiz Llorente

Parte recurrida: D^a Coro

Procurador: D. Rafael Gamarra Mejías

Letrado: D. Mariano José Sancho

Parte recurrida: D. Sabino

Procurador: D. Emilio García Guillén

Letrada: D^a María del Carmen García Guillén

Parte recurrida: D. Pedro Miguel



Procurador: D. Jesús Iglesias Pérez

Letrado: D. Román Ruiz Llorente

SENTENCIA N° 288/2013

En Madrid, a veintiuno de octubre 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. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Pedro María Gómez Sánchez, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 338/2006 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Cinco de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandante la Sentencia que dictó el Juzgado el día doce de diciembre de dos mil once.

Ha comparecido en esta alzada la demandante, REYXA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Felipe de Juanas Blanco y asistida del Letrado D. Ernesto Díaz-Bastián López, así como los demandados, D. Braulio , representado por la Procuradora de los Tribunales D^a África Martín Rico Sanz y asistido de la Letrada D^a María Rosa Chico Contijoch; D. Gustavo , representado por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Piñeira de Campos y asistido del Letrado D. Juan Jacinto Baeza Rodríguez; D^a Sofía , representada por el Procurador de los Tribunales D. Gonzalo Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla y asistida del Letrado D. Román Ruiz Llorente; D^a Coro , representada por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Gamarra Mejías y asistida del Letrado D. Mariano José Sancho; D. Sabino , representado por el Procurador de los Tribunales D. Emilio García Guillén y asistido de la Letrada D^a María del Carmen García Guillén y D. Pedro Miguel , representado por el Procurador de los Tribunales D. Jesús Iglesias Pérez y asistido por el Letrado D. Román Ruiz Llorente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el procurador D. Felipe de Juanas Blanco, en nombre y representación de REYXE, S.A. contra D. Pedro Miguel , representado por el procurador D. Jesús Iglesias Pérez, contra D^a Sofía , representada por el procurador D. Gonzalo Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla, contra D. Gustavo , representado por el procurador D. Carlos Piñeira de Campos, contra D^a Coro , representada por el procurador D. Rafael Gamarra Mejías, contra D. Braulio , representado por el procurador D^a África Martín Rico, contra D. Sabino , representado por el procurador D. Emilio García Guillén y contra HOT BRANDS, S.L., absolviendo a los demandados de los pedimentos formulados en su contra, con expresa condena en costas a la actora."

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición por los demandados personados, 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 diecisiete de octubre de dos mil trece.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La mercantil REYXE, S.A. interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Pedro Miguel , D^a Sofía , D. Gustavo , D^a Coro , D. Braulio , D. Sabino y la mercantil HOT BRANDS, S.L. ejercitando una acción declarativa de competencia desleal y acumuladamente una acción indemnizatoria de daños y perjuicios. El suplico de la demanda contenía los siguientes pedimentos:

1. Declare que los demandados han infringido la Ley de Competencia Desleal al realizar, ordenar y/o cooperar en la comisión de actos de competencia desleal descritos en esta demanda y prohibidos por los artículos 5, 14.1, 14.2, 12 y 9 de dicha norma legal.
2. Condene solidariamente a los demandados a indemnizar a mi representada los daños y perjuicios materiales ocasionados por los actos de competencia desleal cometidos y que se han descrito en esta demanda, y en consecuencia a que abonen a Reyxe, S.A. la suma de 5.205.217,98 euros, según las bases que se detallan en el hecho quinto, incrementados en los intereses legales.
3. Condene solidariamente a los demandados a abonar a mi representada, en concepto de daños morales ocasionados consistentes en el perjuicio a la imagen, prestigio y buen nombre comercial de la compañía Reyxe, S.A. en el mercado, la cantidad de 300.000 euros, más los intereses legales.



4. Ordene la publicación de la sentencia condenatoria (o subsidiariamente del fallo de la misma), con identificación de las partes, a costa de los demandados en dos periódicos de ámbito nacional.

5. Con carácter común a todas las anteriores, condene a los demandados a estar y pasar por estos pronunciamientos declarativos y de condena con expresa condena al pago de las costas causadas a mi representada y ello aún en el hipotético supuesto de que no se estimen todos los pedimentos de esta demanda, por la manifiesta mala fe y temeridad con la que han actuado.

La demanda se sustenta, en lo sustancial, en los siguientes hechos:

Composición y actividad de Reyxe, S.A. (en adelante Reyxe).

Reyxe es una sociedad constituida en 1979 por dos socios, D. Severino y D. Pedro Miguel, al cincuenta por ciento cada uno, si bien en el momento de suceder los hechos el primero ostentaba una participación en el capital social del 85% y el segundo del 15%.

Una de sus actividades consistía en la compra en el mercado nacional a establecimientos de perfumería de productos de perfumería y cosmética de marcas de prestigio para revenderlos en el mercado europeo y norteamericano.

Contaba con unos 59 proveedores de productos (de los cuales 31 eran suministradores habituales).

Hasta el año 2000 Reyxe se dedicaba también a la importación y exportación de bebidas alcohólicas.

D. Pedro Miguel realizaba funciones de director comercial. D^a Sofía es esposa del anterior y constituyó una nueva sociedad, Hot Brands, S.L.

En el departamento comercial se integraban D. Gustavo, D. Braulio y D^a Coro, siendo ésta además secretaria del Sr. Pedro Miguel.

D. Sabino era asesor contable y fiscal de Reyxe.

Las dificultades financieras de Reyxe en el segundo semestre de 2000.

En julio de 2000 Reyxe quedó afectada por el impago por un importante cliente, la compañía Los Zumacales, S.L. de 554.978.301 pts. Para el pago de esta cantidad la citada compañía había librado pagarés que fueron descontados en varias entidades bancarias y que no fueron atendidos a su vencimiento. Para solventar esta situación hubo que renegociar el pago de la deuda, alcanzándose un acuerdo con los bancos el 21 de diciembre de 2000 (ff. 197 y ss.), por el que ambos socios, el Sr. Severino y el Sr. Pedro Miguel

avalan personalmente y solidariamente la deuda refinanciada que alcanzaba los 400.000.000 pts.

Constitución de Hot Brands.

La mercantil Hot Brands se constituye por medio de escritura otorgada en fecha 4 de enero de 2001 y en esa misma fecha da inicio a sus actividades. La constituye D^a Sofía, esposa del Sr. Pedro Miguel, que suscribe la mayoría de las participaciones a excepción de una que suscribe su hermano (f. 281). Tras un acuerdo de ampliación de capital participa en la sociedad en aproximadamente un 25% Grupo Asesores, S.A. según escritura otorgada en fecha 8 de febrero de 2001. En esa misma fecha se otorgan amplios poderes por la Sra. Sofía, administradora única, a favor de D. Sabino. (ff. 282 y 283).

Actos de competencia desleal que se atribuyen a los demandados.

Intentaremos sistematizar los preceptos invocados en la demanda y los hechos que se relacionan con los mismos, lo cual no resulta fácil.

Este aspecto es relevante porque debemos atenernos estrictamente a los concretos ilícitos invocados y a los concretos hechos que los sustentan.

La cita de preceptos se refiere, por razones temporales, a la redacción de la Ley de Competencia Desleal anterior a la reforma operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre. Los ilícitos y los hechos en que se sustentan son los siguientes:

1. Conducta contraria a la buena fe ex artículo 5 LCD (pg. 23 de la demanda).

Los demandados comenzaron a contratar con proveedores y clientes de Reyxe y para Hot Brands desde el interior de Reyxe y aprovechándose del conocimiento que tenían de las relaciones comerciales y Know-how de Reyxe, derivando la actividad de Reyxe hacia Hot Brands.



En otro apartado (pg. 25 de la demanda) se hace referencia a la contratación con proveedores realizada por los Sres. Pedro Miguel , Gustavo , Braulio y Sra. Coro , a favor de Hot Brands, cuando todavía eran empleados de Reyxe.

2. Inducción a la infracción de deberes contractuales básicos ex artículo 14.1 LCD .

Se sustenta el ilícito en la demanda (pg. 25) en la contratación con proveedores realizada por los Sres. Pedro Miguel , Gustavo , Braulio y Sra. Coro a favor de Hot Brands cuando todavía eran empleados de Reyxe, lo que constituye infracción de sus deberes básicos de no concurrencia como trabajadores derivada de los artículos 5 d) y 21 del Estatuto de los Trabajadores (concurrencia desleal al trabajar para diversos empresarios).

La inducción deriva de "la promesa que recibieron del Sr. Pedro Miguel , el Sr. Sabino y la Sra. Sofía en orden a su contratación posterior en Hot Brands". Añade que la infracción fue también cometida por Hot Brands además de los citados inductores.

3. Inducción a la terminación regular de un contrato ex artículo 14.2 LCD .

Se dice a este respecto que las ofertas de trabajo fueron realizadas por el Sr. Pedro Miguel y su esposa, la Sra. Sofía , cuando los trabajadores tenían relación laboral con Reyxe quedando el departamento comercial desmantelado (pg. 28 de la demanda). Se atribuye este acto a Hot Brands y a los Sres. Pedro Miguel y Sabino , así como a la Sra. Sofía .

Respecto a clientela o proveedores (pg. 28 de la demanda) se dice que (i) los demandados empleados de Reyxe contactaron con los proveedores, y se añade que (ii) trasladaron los trabajadores a otra empresa, continuando con las mismas funciones y (iii) realizaron actos de denigración poniendo en cuestión la capacidad de Reyxe de atender sus compromisos.

4. Aprovechamiento indebido de la reputación ajena ex artículo 12 LCD .

En la fundamentación jurídica de la demanda solo se cita este precepto a modo de preámbulo (pg. 22) sin relacionarlo con ningún hecho.

5. Actos de denigración ex artículo 9 LCD .

En la fundamentación jurídica de la demanda solo se cita este precepto sin relacionarlo con ningún hecho, salvo cuando se mezcla con los actos de inducción, como hemos visto, donde se señala que los demandados realizaron actos de denigración poniendo en cuestión la capacidad de Reyxe de atender sus compromisos y su viabilidad. Se hace referencia a este aspecto en la pg. 10 de la demanda y en la pg. 15 de la demanda se atribuye esta actuación a los Sres. Pedro Miguel , Braulio y Gustavo .

Conceptos e importe de la indemnización.

Los conceptos por los que se reclama son los siguientes:

1. Cantidades abonadas por Reyxe en virtud del acuerdo de refinanciación con los bancos de fecha 21 de diciembre de 2000. Abonó Reyxe 150.000.000 pts. (901.518,16 euros).
2. Valor del negocio de Reyxe en 2001. Según el informe pericial aportado asciende a 3.575.688,97 euros. Se añade el valor contable de Reyxe que asciende a 295.984,37 euros.
3. Lucro cesante, consistente en los beneficios obtenidos por la sociedad infractora (Hot Brands) en 2001, 2002 y 2003, que ascienden a 432.026,48 euros.
4. Daño moral por quebranto en imagen comercial y prestigio, que se valora en 300.000 euros.

Tramitación de procedimiento penal previo.

Por los mismos hechos se siguieron D.P. 2450/2001 ante el Juzgado de Instrucción nº 8 de Madrid.

El procedimiento fue archivado por auto de 8 de abril de 2005 siendo dicha resolución confirmada en lo que aquí nos ocupa por auto dictado por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial de fecha 6 de octubre de 2005 (T. III, ff. 258 y ss.).

SEGUNDO. La sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil resultó desestimatoria de las pretensiones ejercitadas.

Rechaza en primer lugar las excepciones de prescripción opuestas dado que la causa penal se archivó por los hechos que aquí nos ocupan el 6 de octubre de 2005 y la demanda se presentó el día 26 de septiembre de 2006.

Respecto a la inducción a la infracción contractual considera la sentencia que el Sr. Pedro Miguel estaba al frente de Hot Brands y que las relaciones comerciales en los meses de febrero y marzo de 2001 fueron



concertadas por él, manteniendo relaciones y contactos a favor de Hot Brands. No consta que los demás trabajadores hubieran cometido esas infracciones. Como quiera que es el supuesto inductor quien a su vez infringe los deberes contractuales básicos contraídos como trabajador de Reyxa no cabe apreciar el tipo de ilícito invocado pues el tipo requiere inducción sobre un tercero.

Respecto a la inducción a la terminación regular de un contrato, no consta que los trabajadores fueran insustituibles, ni siquiera que se intentaran sustituir, ni consta la intención de eliminar a la actora del mercado.

En relación a la alegada infracción del artículo 12 LCD no se acredita la reputación del signo, ni su notoriedad, ni consta el aprovechamiento indebido por los demandados atendiendo a los específicos presupuestos de este tipo legal.

Por lo que se refiere a los actos de denigración no se indica la conducta específica que puede subsumirse en este precepto.

Por último, en lo que se refiere a la cláusula general, señala la sentencia que no se acredita el trasvase de "agentes", sino que lo que consta es que los proveedores y clientes han mantenido relaciones con ambas sociedades. Añade que hubiera sido preciso analizar qué agentes coincidentes habían dejado de serlo y el porcentaje en la cifra de negocio para saber si era o no relevante la pérdida. Señala que la testigo Sra. Esther manifestó que las ventas se redujeron en Reyxe a partir de abril (es decir, cuando ya se había producido el cese de los trabajadores), no antes. Inciden además otros factores como el abandono del negocio de licores en 2000, el que se dejaron de pagar efectos, lo que se conocía en el sector. En suma no se acredita el expolio de clientes ni su influencia en la cifra de negocios. Concluye señalando la sentencia que el conocimiento que tuvieran los trabajadores de las relaciones comerciales o del Know How no constituye ilícito concurrencial. Añade que en los actos no tuvo participación ni la Sra. Sofía ni el Sr. Sabino, que era socio de Hot Brands.

TERCERO. Frente a la citada resolución se alza el recurso de apelación interpuesto por la demandante Reyxe.

En sus consideraciones previas se refiere al apelante a las discrepancias con la sentencia recurrida, que se centran no en las consideraciones legales sino en la valoración de la prueba. Dedicar el recurso su apartado tercero a las infracciones invocadas en la demanda y el apartado cuarto a la cláusula general.

Sin embargo, si apreciamos los argumentos empleados en el apartado tercero del recurso, podemos comprobar que, hasta la primera mención referida a preceptos concretos (pg. 11 del recurso), se vuelven a relacionar diversos hechos sin conexión a tipo alguno y mezclando cuestiones diversas, sin sujetarse tampoco a los concretos razonamientos expresados en la sentencia recurrida en relación a cada uno de los tipos específicamente (pgs. 7 a 11 del recurso).

Reitera el recurso que se trata de una confabulación y ejecución de un plan preconcebido por el que en los meses de enero a marzo los demandados trasladaron "todas las relaciones contractuales y comerciales" de Reyxe a Hot Brands, que inició sus actividades en enero de 2001, que los trabajadores recibieron ofertas de trabajo cuando estaban trabajando en Reyxe, que los clientes y proveedores habían sido engañosamente informados de que Hot Brands era sucesora de Reyxe (hecho éste que no figura en la demanda), que las actividades del Sr. Pedro Miguel las hizo con el imprescindible concurso de los empleados y que el Sr. Braulio reconoció recibir instrucciones para encargar mercancía a nombre de Hot Brands.

Pero es que el recurso, tras mencionar en su pg. 11 los artículos 14.2, 12 y 9 LCD vuelve a realizar una serie de alegaciones sin conexión con ilícito concreto, alegaciones que se acaban convirtiendo en un totum revolutum. Se hace así referencia al volumen de negocio alcanzado por Hot Brands en los tres primeros meses de 2001 y a que la sentencia olvida que en esos meses los demandados no podían hacer competencia a Reyxe, cuando la sentencia dedica un amplio apartado a las obligaciones de los trabajadores en el ámbito de la relación laboral, lógicamente incluido en los actos de inducción a la infracción contractual.

Introduce el recurso hechos nuevos como el engaño a los proveedores, cuando la demanda no se sustentaba en tal hecho como ilícito, ni alude a los actos de engaño del artículo 7 LCD y ni siquiera en el ilícito comprendido en el apartado 14.2 LCD, que se sustenta en la intención de eliminar a un competidor del mercado (pg. 26 de la demanda).

Añade el recurso que la compañía gozaba de liquidez y apoyo bancario y que el impago de pagarés se produce después de que los demandados hubieran trasladado el negocio a Hot Brands.

Y también al referirse a los actos denigratorios se introducen hechos nuevos puesto que la demanda se sustenta en manifestaciones que ponían en duda la solvencia de Reyxe, como hemos visto, mientras que el recurso hace referencia a manifestaciones relacionadas con el Sr. Severino, acusándole de "malversación de fondos".



Por cuanto se refiere al preaviso, lejos de los términos de la demanda y del preciso análisis de la sentencia, ahora aparece como indicio de la "concertación para la abrupta dejación de funciones" sin conexión además con tipo alguno.

Y sobre todo este totum revolutum concluye el recurso en que se vulneran los artículos 14.1 , 14.2 , 12 y 9 LCD citados en bloque.

El apartado cuarto del recurso se refiere a la cláusula general del artículo 5 LCD (reiteramos que siempre nos referimos a la redacción vigente al momento de producirse los hechos). Tras reproducir diversas resoluciones, el recurso no va más allá de señalar que "los hechos en presencia de los que estamos" resultarían subsumibles en dicho precepto, a diferencia de lo que considera la sentencia, de manera que ni se determinan qué hechos concretos integrarían el ilícito, ni se concreta nada al respecto de la aplicación de la norma de cierre del sistema.

Concluye el recurso reiterando el cálculo indemnizatorio de la demanda en relación al informe pericial aportado.

CUARTO. Oposición al recurso formulada por D. Braulio .

Destaca previamente la oposición que el Sr. Braulio es un simple empleado dedicado a hacer compras, que trabaja a 600 Km. de la sede social de Reyxe, que no vive el día a día de la empresa y cumple instrucciones con un sueldo de 2.500 euros al mes, cuando la compañía giraba anualmente más de 28 millones de euros al año. Añade que el apelante se esfuerza por meter a todos los demandados en un mismo saco y generalizar cualquier conducta.

Respecto al artículo 14.2 LCD señala que los dos únicos proveedores que acudieron al juicio confirmaron que no les unía ningún contrato con Reyxe y ninguno había tenido tratos con el Sr. Braulio . Señala además que en las propias cuentas de Reyxe del ejercicio 2000 manifiesta su administrador que se van a abandonar líneas de producto y con ello bajarán las compras.

En lo que se refiere a los actos de denigración destaca que no consta manifestación alguna del Sr. Braulio apta para menoscabar el crédito de Reyxe.

En relación a la explotación de la reputación ajena ningún acto que pudiera quedar comprendido en el artículo 12 LCD puede ser atribuido al Sr. Braulio .

Respecto a la vulneración del artículo 5 LCD , el Sr. Braulio se limitó a incorporarse a Hot Brands en las mismas condiciones que tenía en Reyxe. Su trabajo en una y otra empresa se refería a las compras de perfumería siguiendo las instrucciones del Sr. Pedro Miguel como jefe directo. No se acredita que realizara operaciones para Hot Brands estando trabajando para Reyxe, y el propio Sr. Pedro Miguel reitera que fue él quien efectuó las operaciones en las fechas controvertidas.

Oposición al recurso formulada por D. Gustavo .

Señala el escrito de oposición que el Sr. Gustavo es un jubilado de 78 años, de economía modesta al que se le reclaman más de cinco millones de euros. Era un simple empleado de Reyxe en el departamento de compras, bajo las ó

rdenes directas del Sr. Pedro Miguel . Ya en septiembre de 2000 había manifestado su intención de jubilarse, pues en NUM000 de ese año había cumplido 65 años. Tras el preaviso legal abandonó la empresa con fecha 30 de marzo de 2001. Entró a trabajar en Hot Brand el 11 de mayo de 2001.

Añade la oposición que el Sr. Gustavo no participó en ninguna comida celebrada con los trabajadores en noviembre de 2000 y D^a Esther manifestó que en su presencia no se hizo ninguna propuesta a nadie.

Rechaza la infracción de deberes contractuales propios y la inducción a la infracción contractual de proveedores y clientes, no realizando en Reyxe ninguna operación para terceros. Respecto al fax de 3 de abril de 2001 manifiesta que si figura el nombre del Sr. Gustavo es porque fue sugerido por D^a Esther a quien lo emitió, dado que el Sr. Gustavo era uno de los interlocutores habituales entre Reyxe y Marilen 30, S.L. Añade que en esas fechas ya había dejado Reyxe. La factura proforma es de fecha 2 de abril de 2001, fecha en que fue realizado el pedido. Se remite a la declaración del representante de Marilen 30, S.L., D. Norberto , que muestra que no efectuó ninguna compra para Hot Brands mientras trabajaba en Reyxe ni manifestación denigratoria alguna.

Por último, respecto al informe pericial señala que el perito reconoció que no tuvo elementos de juicio para determinar si el cese de actividad de Reyxe en el comercio de productos de perfumería se había producido de forma voluntaria o forzada por otras circunstancias. Reconoció el perito que en el año 2000 Reyxe había entrado en pérdidas importantes y tampoco tuvo en cuenta el fuerte endeudamiento derivado del impago sufrido en el verano de 2000 por el cliente Los Zumacales, analizando además solo la actividad de perfumes.

Oposición formulada por D^a Sofía .

Señala que únicamente constituyó la empresa Hot Brands y se la cedió a su marido, sin que tuviera intervención en la misma, limitándose a firmar los documentos que lo requerían como administradora de derecho. No tuvo relación alguna con Reyxe.

El negocio de Reyxe no funcionó porque el Sr. Severino decidió no continuar con la actividad de licores que suponía la mayor parte del negocio y no se atendieron los pagarés que vencían el 30 de marzo de 2001, como señala la sentencia recurrida.

Oposición al recurso formulada por D^a Coro .

La relación de la Sra. Coro con Reyxe era meramente laboral, desempeñando funciones de auxiliar administrativa, sin funciones comerciales. Era una persona que había trabajado para el Sr. Pedro Miguel y cuando decidió éste abandonar Reyxe por desavenencias con el Sr. Severino abandonó también la empresa, cesando en su trabajo el 3 de abril de 2001. Tampoco su trabajo en Hot Brands era comercial.

El negocio de Reyxe no funcionó porque el Sr. Severino decidió abandonar la actividad de licores que suponía la mayor parte del negocio y por el endeudamiento derivado de la operación comercial con "Los Zumacales".

El Sr. Severino ordenó no pagar a los proveedores y después no continuó la relación con proveedores y clientes, ni se preocupó de mantener el negocio, quedando inactiva la empresa.

Rechaza que hubiera trabajado coetáneamente para ambas empresas, ni que denigrara a Reyxe. La Sra. Coro era una administrativa que voluntariamente decidió romper su vínculo laboral con Reyxe para trabajar en otra empresa.

Por último se refiere a que deben entenderse prescritas las acciones porque el plazo de prescripción no debe quedar suspendido por el ejercicio de una acción penal.

Oposición formulada por D. Sabino .

Destaca previamente que se efectúa por la demandante una imputación generalizada de hechos y que el Sr. Sabino no tuvo participación en los mismos. Por otra parte, quien financiaba a Hot Brands era el Banco de Santander, no el codemandado. Añade que a la actora litigar le sale gratis porque resultará imposible cobrar una eventual condena en costas.

La actividad del Sr. Sabino era la de asesor fiscal de Reyxe y de Hot Brands.

Destaca el escrito de oposición que ninguna relación comercial tenía el codemandado, ni mantenía relación alguna con los trabajadores de Reyxe o con clientes o proveedores.

La intervención en las conversaciones con los bancos fue únicamente como asesor fiscal. Ninguna participación tuvo en la constitución de Hot Brands. La empleada de Grupo Asesores, sociedad de la que era administrador, únicamente cumplió con el encargo de la Sra. Sofía para que le gestionara la solicitud de la denominación social.

Añade que quien acudió a la ampliación de capital de Hot Brands fue Grupo Asesores. Si bien fue apoderado de aquella sociedad después de su constitución, poder que utilizó solo en la concesión de una línea de crédito, el administrador de hecho de Hot Brands era el Sr. Pedro Miguel . Ningún poder de dirección ostentó en Hot Brands.

Cuando comienza a funcionar Hot Brands, Reyxe está sumida desde muchos meses antes en la más absoluta bancarrota y mucho antes de finalizar el año 2000 estaba incurso en causa de disolución, por lo que el acuerdo con los bancos era en realidad un acuerdo de liquidación. A partir de marzo de 2001 el Sr. Severino dio orden de no pagar el suministro de mercancía.

Los proveedores (D. Horacio , de Perfumerías de Mujer, S.L., y D. Sebastián , de Paco Perfumerías, S.L.) confirmaron que hubieran seguido sirviendo mercancía si se les hubiera solicitado. No hubo interés en que Reyxe siguiera funcionando dada su situación de quiebra.

Respecto a la pericial señala que no tiene en cuenta que en Reyxe se vendía licores y perfumes y en Hot Brands solo perfumes, y que en Reyxe el negocio de perfumes solo representaba un 20%. Solo aprecia que una de las sociedades disminuye su actividad y otra la aumentaba sin analizar las razones de dichas variaciones y se refiere un traspaso de actividad cuando solo coincidían un 50% de clientes y proveedores.

Reconoció el perito que a 31 de diciembre de 2000 Reyxe se encontraba incurso en causa de disolución.

Añade la oposición que la determinación del lucro cesante parte de los beneficios de Hot Brands y no de los beneficios de Reyxe, concluyendo el escrito que el informe pericial es un documento diseñado, encargado y pagado por la actora.

Oposición formulada por D. Pedro Miguel .

Se refiere el escrito al acuerdo de refinanciación de la deuda de 21 de diciembre de 2000. En el momento de su suscripción, desconocía el Sr. Pedro Miguel que sería apartado de la administración de Reyxe, aportó su garantía personal y fue condenado y ejecutado como fiador de Reyxe a pagar 1.235.534 euros de principal, por lo que difícilmente podía tener intención entonces de abandonar Reyxe.

Por otra parte, en Junta de accionistas celebrada el mismo día 21 de diciembre de 2000 el Sr. Severino se convierte en administrador único, revocando los poderes del Sr. Pedro Miguel , que queda fuera de la toma de decisiones de Reyxe.

Respecto a la inducción a la terminación de los contratos y a la infracción contractual señala que los trabajadores causaron baja en Reyxe de forma voluntaria y no infringieron deberes laborales con Reyxe.

La intención del Sr. Pedro Miguel de proponer a los empleados trabajar para Hot Brands no era eliminar a Reyxe del mercado sino a razones de profesionalidad y confianza por los años que llevaba trabajando con ellos. Su intención era continuar la actividad en el mercado de la perfumería por su cuenta.

Se remite el escrito de oposición a las consideraciones de la sentencia en cuanto afirma que se dejó de atender los pagarés que vencían el 30 de marzo.

Fue la misma Reyxe la que menoscabó su propio crédito, sin que se realizaran actos de explotación de la reputación ajena.

Tampoco se realizaron actos de denigración.

Respecto a la cláusula general de buena fe señala el escrito de oposición que el Sr. Pedro Miguel no instó a trabajadores, clientes o proveedores a que dejaran de tener relaciones con Reyxe, sino que se limitó a comunicarles que había creado una nueva sociedad, proponiéndoles las respectivas relaciones laborales o comerciales.

Destaca el escrito la pasividad del administrador de Reyxe, su actuación no fue la de contratar otros trabajadores, sino la de dejar inactiva la sociedad. El Sr. Pedro Miguel no ocultó la existencia de Hot Brands y fue el Sr. Severino quien le solicitó que se quedase en Reyxe hasta marzo para ayudarle a liquidar el stock, lo que muestra la falta de interés del Sr. Severino por continuar el negocio. Por otra parte la actividad de perfumería solo representaba un 20% del volumen de negocio de Reyxe.

Plantea por último el escrito de oposición que la actividad de perfumería de Reyxe se continuó a través de la mercantil Rundis World, S.L. (constituida el 11 de junio de 2002) por medio de dos ex empleados sin experiencia en la actividad, el Sr. Gabino (informático), socio único, y D^a Esther (contable).

QUINTO. Con carácter previo hemos de referirnos a la prescripción que el escrito de oposición presentado por la Sra. Coro hace valer de nuevo en esta instancia.

Como ya hemos señalado, se siguieron actuaciones en vía penal basadas en los mismos hechos en los que se sustenta la demanda, que dieron lugar a las D.P. 2450/2001 seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 8 de Madrid. Según señala la sentencia, la causa penal se archivó por los hechos que aquí nos ocupan el 6 de octubre de 2005 y la demanda se presentó el día 26 de septiembre de 2006. Es evidente en consecuencia que se han de apreciar los efectos interruptivos de la prescripción derivados de la incoación del procedimiento penal.

Como señala la STS de 24 de mayo de 2010 , según se desprende de los artículos 111 y 114 de la LECrim, en relación con el 1969 CC , la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio. Una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC , en relación con los artículos 111 y 114 LECrim y 24.1 CE . Este día debe situarse en el momento en que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, notificados correctamente, hayan adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por el proceso penal y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil.

En consecuencia, debe mantenerse el rechazo que de la excepción alegada se efectuó en la sentencia recurrida.



SEXTO. Ya hemos advertido que el recurso se limita a introducir una serie de alegaciones sin sujetarse a los tipos legales correspondientes, de manera que, a modo de "bola de nieve", el conjunto de los hechos (algunos de ellos nuevos) se aplica indiscriminadamente a los artículos que se citan y a todos los demandados.

Habida cuenta, según la regulación contenida en la Ley de Competencia Desleal, de que, como declara la exposición de motivos de la ley, "se ha tratado de hacer tipificaciones muy restrictivas, que en algunas ocasiones, más que dirigirse a incriminar una determinada práctica, tienden a liberalizarla o por lo menos a zanjar posibles dudas acerca de su deslealtad", el ejercicio de las acciones previstas en la Ley de Competencia Desleal se ha de hacer encuadrando la concreta conducta reputada desleal en alguno de los tipos contenidos en la Ley, centrando el debate del proceso, tanto de alegación como de prueba, en determinar si la conducta de los demandados reúne los estrictos requisitos previstos en tales tipos.

No puede por lo tanto admitirse la técnica empleada, de manera que hemos de circunscribirnos a los apartados de la sentencia, en cuanto diferencian correctamente los tipos legales en función de los hechos alegados en relación a cada uno de los tipos en la demanda, sin que los órganos jurisdiccionales puedan integrar la pretensión e ir más allá de los hechos relacionados en la demanda con cada uno de los tipos. Hemos precisado también las concretas imputaciones que se efectúan en la demanda en relación a cada uno de los tipos legales, aspectos éstos que no se pueden alterar en la segunda instancia.

La demanda acaba atribuyendo los ilícitos de modo global, sin discriminar cada una de las conductas.

Para seguir el orden de la sentencia nos referiremos en primer lugar a los actos de inducción a la infracción contractual.

Como hemos señalado, se sustenta el ilícito en la demanda (pg. 25) en la contratación con proveedores realizada por los Sres. Pedro Miguel , Gustavo , Braulio y Sra. Coro a favor de Hot Brands cuando todavía eran empleados de Reyxe, lo que constituye infracción de sus deberes básicos de no concurrencia como trabajadores derivada de los artículos 5 d) y 21 del Estatuto de los Trabajadores (concurrencia desleal al trabajar para diversos empresarios).

La inducción deriva de "la promesa que recibieron del Sr. Pedro Miguel , el Sr. Sabino y la Sra. Sofía en orden a su contratación posterior en Hot Brands". Añade que la infracción fue también cometida por Hot Brands además de los citados inductores.

Aunque la demanda se refiere al preaviso, no es este incumplimiento el que sustenta el ilícito, que además no sería atribuible a todos los trabajadores demandados. En cualquier caso, la falta de preaviso no es apta para conformar el ilícito, pues no se trata de un deber contractual básico, requisito inexcusable para apreciar el tipo de ilícito previsto en el artículo 14.1 LCD (STS de 23 de mayo de 2007 , RJ 2007/3603).

Por otra parte, según se desprende de las actuaciones, es el Sr. Pedro Miguel quien ofreció a los trabajadores de Reyxe la posibilidad de que trabajasen en Hot Brands. Así lo manifiesta en su propio escrito de oposición (pg. 8): "Es claro que la intención del Sr. Pedro Miguel al proponer a los empleados de Reyxe trabajar para Hot Brands no era eliminar y desbancar a Reyxe del mercado". Y en el propio acto del juicio declaró que fue él quien personalmente habló con los empleados (00.31:00).

No se alcanza a comprender que la inducción se atribuya a la Sra. Sofía , lo que carece de base alguna, y menos al Sr. Sabino , asesor de ambas sociedades y después socio de Hot Brands, que no tuvo relación con los trabajadores.

Por otra parte los trabajadores no serían autores de este ilícito, sino el inductor a la infracción contractual. Y en cualquier caso no se acredita en modo alguno que durante la relación con Reyxe fueran los trabajadores (al margen del hipotético inductor Sr. Pedro Miguel) quienes concertaran operaciones de compra para Hot Brands. Veamos este aspecto con mayor detenimiento.

La supuesta contratación por trabajadores de Reyxe a favor de Hot Brands se sustenta en la demanda en dos hechos.

El primero es un fax recibido en Reyxe de fecha 3 de abril de 2001 por el que Marilén 30, S.L. envía una factura proforma a Hot Brands (doc. 6 de la demanda, T. I F. 348). En dicho fax aparece un texto manuscrito "Aten. DE Cid". Se sostiene por lo tanto que el Sr. Gustavo estaría efectuando compras para Hot Brands desde Reyxe. Sin embargo, al margen de que lo aportado es una fotocopia en la que, como hemos señalado, la citada mención se ha añadido a mano, lo que impide por sí mismo constatar que se trate de una operación encargada por el Sr. Gustavo , éste preavisó su cese en Reyxe en fecha 14 de marzo de 2001, con efecto desde el día 31 de marzo (comunicación recibida con sello de Reyxe, doc. 7 de la demanda, T.I f. 351). Tanto la factura proforma del citado fax, de fecha 2 de abril de 2001, como el propio fax, de fecha 3 de abril de 2001, son posteriores al cese en sus funciones en Reyxe del Sr. Gustavo .



Es más, en la declaración de D^a Esther (contable de Reyxe que permaneció en la empresa) efectuada en las diligencias penales en fecha 23 de enero de 2003 (T. II, f. 472) manifiesta que fue receptora del fax y que le dijo al proveedor que remitiera otro, pues estaba borroso, poniendo el nombre de Gustavo , y así lo hizo el proveedor. En su declaración en el juicio la Sra. Esther no recordaba lo que antes declaró.

En suma, solo aparece una operación, posterior al cese del Sr. Gustavo , y en el que se incluyó su nombre a instancia de la Sra. Esther . Sobre esta base es difícil sostener que el Sr. Gustavo , como trabajador de Reyxe, viniera efectuando operaciones para Hot Brands nada menos que durante meses, incumpliendo sus deberes contractuales básicos para con su empleador.

El segundo hecho al que se refiere la demanda son las declaraciones del Sr. Gustavo en las citadas diligencias penales. (T. II, f. 195). El Sr. Gustavo manifiesta que fue él quien introdujo los clientes y proveedores de perfumería cuando entró en Reyxe y que "dichos clientes y proveedores, al pasar el declarante a Hot Brands como es lógico pasan a dicha sociedad". La citada declaración se emplea fuera de contexto porque, al margen de que no reconoce que hubiera realizado operaciones para Hot Brands mientras trabajaba en Reyxe, que es lo que aquí nos ocupa, lo cierto es que lo que pretende señalar no es otra cosa que los clientes y proveedores que atrajo para Hot Brands lo eran por su conocimiento de los mismos y es que, como luego veremos, ni la clientela es propiedad de nadie (menos los proveedores) ni está impedido el trabajador de valerse de los conocimientos que pudiera haber adquirido en otra empresa.

Y es ya en el recurso, no en los hechos en que se sustenta el ilícito en la demanda, cuando se pretende utilizar un párrafo de la contestación a la demanda del Sr. Braulio , para confirmar lo que no aparece por ninguna parte en las actuaciones, es decir, que los trabajadores de Reyxe (indiscriminadamente) vinieran realizando operaciones para Hot Brands. Sin embargo, en su declaración el acto del juicio reiteró

el Sr. Braulio que no compró para Hot Brands mientras trabajó en Reyxe y que fue al dejar Reyxe y antes de incorporarse formalmente a Hot Brands cuando ya seguía las instrucciones del Sr. Pedro Miguel al margen de Reyxe, y es a esta actuación previa a formar parte de Hot Brands a lo que se hacía referencia. Podemos advertir también que el Sr. Braulio no muestra animadversión alguna en su declaración frente al Sr. Severino , administrador único entonces de Reyxe, sino todo lo contrario, y así lo señaló explícitamente.

Y debemos añadir que el transportista de la empresa, Sr. Onesimo , ya manifestó en su declaración en las diligencias penales, en fecha 31 de enero de 2002 (T. II, f. 180) que no llevó nada al almacén de Hot Brands mientras trabajaba en Reyxe.

Por último, hemos de señalar que la actuación del Sr. Pedro Miguel , como indica la sentencia, en lo relativo a la contratación de operaciones para Hot Brands mientras trabajaba en Reyxe, debe ser valorada en atención a lo dispuesto en el artículo 5 LCD , no en virtud del artículo 14.1, pues no puede ser al tiempo inductor e inducido. Tampoco, como hemos visto, se acredita infracción de los deberes básicos de los trabajadores, actos que, siguiendo éstos instrucciones del Sr. Pedro Miguel , su jefe en Reyxe, serían en cualquier caso imputables al mismo, puesto que era el Sr. Pedro Miguel quien impartía las instrucciones en el ámbito comercial tanto en Reyxe como después en Hot Brands.

Cuando se atribuye a los trabajadores la realización durante meses de operaciones comerciales para Hot Brands y se les acaba por reclamar una indemnización de casi seis millones de euros es necesaria una cumplida acreditación de los hechos, más cuando debería quedar patente la intervención en múltiples operaciones de dichos trabajadores y tal intervención no aparece por ninguna parte, lo que debe diferenciarse de la que hubiera llevado a cabo su jefe, el Sr. Pedro Miguel .

SÉPTIMO. La acción típica que contempla el artículo 14.2 LCD es que se ejerza influencia sobre otra persona para determinarle a finalizar regularmente una relación contractual en la que es parte o que se produzca un aprovechamiento de la infracción contractual ajena, pero ello no supondría de por sí un acto de competencia desleal, sino que se exigiría además bien que se empleasen medios reprobables para conseguirlo (el engaño) o bien que se persig

uiese una finalidad inadmisibles (la divulgación o la explotación de secretos empresariales o la expulsión del competidor del mercado u otras circunstancias análogas).

De nuevo hemos de remitirnos a los hechos concretos que se relacionan en la demanda conectados a dicho tipo de ilícito.

Se dice a este respecto que las ofertas de trabajo fueron realizadas por el Sr. Pedro Miguel y su esposa, la Sra. Sofía , cuando los trabajadores tenían relación laboral con Reyxe, quedando el departamento comercial desmantelado (pg. 28 de la demanda). Se atribuye este acto a Hot Brands, a los Sres. Pedro Miguel y Sabino y a la Sra. Sofía .



Respecto a clientela o proveedores (pg. 28 de la demanda) se dice que (i) los demandados empleados de Reyxe contactaron con los proveedores y se añade que (ii) trasladaron los trabajadores a otra empresa, continuando con las mismas funciones y (iii) realizaron actos de denigración poniendo en cuestión la capacidad de Reyxe de atender sus compromisos.

De nuevo hemos de advertir que se imputan los hechos indiscriminadamente, incluyendo a la Sra. Sofía y al Sr. Sabino cuando la relación con los trabajadores, y así lo han confirmado éstos, se mantuvo en todo momento con el Sr. Pedro Miguel. La Sra. Sofía es administradora de Hot Brands, de manera que se trataría en todo caso de actos imputables a dicha entidad y el Sr. Sabino es socio de la misma, y tampoco interviene en los hechos.

Por un lado es preciso señalar la estrecha relación existente entre el Sr. Pedro Miguel y los dos comerciales que trabajaban con él, los Sres. Gustavo y Braulio, de manera que el citado vínculo resultó determinante en su decisión de abandonar Reyxe.

Por otra parte, la circunstancia que se añade a la inducción para convertir en ilícita la oferta de trabajo es el desmantelamiento del departamento comercial. En el recurso se introducen hechos nuevos relacionados con el engaño a proveedores al crear la sensación de continuidad de la actividad de Reyxe a través de Hot Brands, pero lo cierto es que en ningún momento esto fue lo que sustentó el tipo que nos ocupa en la demanda y menos se refería ésta al engaño o la confusión como tipos autónomos.

De la prueba practicada no puede aceptarse la finalidad de eliminar a un competidor o una análoga desorganización en la empresa de tal cariz que resulte aplicable el tipo que nos ocupa por los siguientes motivos:

1. Reyxe venía arrastrando una muy grave situación patrimonial y financiera, hasta el punto de que al cierre del ejercicio 2000 se encontraba incurso en causa de disolución. Incluso el perito que elaboró el dictamen a instancia de la actora menciona varias veces en su intervención en el juicio la palabra "insolvencia". El informe de auditoría del ejercicio 2000 (T. I, f. 135) recoge expresamente (9) la situación de disolución en la que se encuentra la sociedad.

2. El quebranto sufrido a consecuencia del impago por un importante cliente, la compañía Los Zumacales, S.L. de 554.978.301 pts. obligó en 2000 a renegociar la deuda con los bancos, alcanzándose un acuerdo en fecha 21 de diciembre de 2000, a pesar del cual la sociedad se encontraba en la situación expuesta al cierre del ejercicio.

La sociedad decidió abandonar su actividad de importación y exportación de licores en septiembre-octubre de 2000. Esta actividad representaba la mayor parte del negocio de Reyxe, muy superior a la relacionada con los perfumes, de la que se ocupaba el Sr. Pedro Miguel.

En el informe de gestión del ejercicio 2000 (T. I, f. 134) se señala que la sociedad está procediendo a reestructurar sus líneas de productos con la finalidad de rentabilizar sus ventas y adecuarse a otra dinámica de mercados, de modo que considera el informe previsible una reducción de sus ventas, dado que se abandonarán líneas de comercialización por su dificultad de mantener con la nueva estructura.

Si nos atenemos al citado informe de auditoría del ejercicio 2000 (apartado 5), podemos comprobar que el acuerdo suscrito con las entidades financieras no solventaba la situación de la sociedad ni despejaba las incertidumbres que afectaban a la misma. Conforme al acuerdo, según señala el auditor, se liquidó por la sociedad un importe de 250 millones de ptas., se estableció un crédito por 400 millones de ptas. Y quedaba pendiente un importe de 407,3 millones de pts. sobre cuya devolución no se fijó plazo al quedar su devolución a resultas del hipotético fin de las reclamaciones judiciales pendientes por importe de 486,8 millones de ptas. de principal, cifra que, por otra parte, no se recogió en las cuentas como deudas a largo plazo, que deberían reflejar un importe total de 807,3 millones de ptas.

No resulta controvertido que a fecha 30 de marzo de 2001 se dejaron de atender pagarés librados por un importe de 25 millones de ptas. (así lo reconoce el propio Sr. Severino, 02.43:00). Se pretenden justificar los impagos en el hecho de que se desviaba mercancía de Reyxe a Hot Brands, por lo que el Sr. Severino se negaba al pago. Sin embargo, ni en la demanda se alude a que el Sr. Pedro Miguel desviase mercancía adquirida por Reyxe hacia Hot Brands, ni resulta acreditado tal hecho. Lo único que se evidencia son las dificultades en las que se encontraba Reyxe que se hacen patentes - también - en dicho mes de marzo, cuando se produce al tiempo una disminución de las compras.

3. La Sra. Coro ocupaba el puesto de secretaria y realizaba funciones administrativas, no era comercial. Solo dos trabajadores desarrollaban actividad comercial en lo relativo a compras a proveedores, el Sr. Gustavo, ya en edad de jubilación cuando suceden los hechos, y el Sr. Braulio, que desarrollaba su trabajo en Barcelona. Al margen de su experiencia no se trata de trabajadores con especial cualificación.



4. Una vez estos trabajadores abandonan Reyxe no consta intención alguna de suplir sus puestos de trabajo con otras personas. Simplemente se cesa en la actividad. Cuando se le pregunta en el juicio al Sr. Severino por esta circunstancia desvía la cuestión hacia la situación de la empresa y el acuerdo con los bancos, sin ofrecer explicación convincente. Tampoco consta que no pudiera llegar a acuerdos con los proveedores. En su declaración, Don. Gabino (informático) dice que no consiguió mercancía porque estaba ya operando Hot Brands (04:21:00). Lo cierto es que Hot Brands no tenía exclusiva alguna con proveedores (como tampoco Reyxe) y no se acredita que los proveedores tuvieran inconveniente alguno es suministrar pedidos a Reyxe (naturalmente si se les pagaba). Así se confirma de las declaraciones de D. Horacio (Perfumerías Mujer, S.L.; 04:26:57 y ss.) y de D. Sebastián (Paco Perfumerías, S.L.; 04:34:30 y ss.).

No se aprecia pues que existiera una especial dificultad en continuar con la actividad de compras, a la que se dedicaban los citados trabajadores. Ni siquiera se intentó suplir esos puestos.

5. El cese de los trabajadores se produce entre el 31 de marzo y el 3 de abril de 2001. Si observamos el informe pericial aportado a instancia de la propia actora (T. I, f. 362) en enero de 2001 Reyxe y Hot Brands no tenían ni proveedores ni clientes "iguales" (Hot Brands acababa entonces de constituirse). En febrero de 2001 tampoco tienen clientes iguales y solo aparecen 5 proveedores iguales y en marzo de 2001 hay 4 clientes iguales y 22 proveedores iguales. El total de proveedores de Hot Brands en 2001 es de 98. La cifra de Reyxe que aparece en el informe se refiere a 2000 y 2001 y aparecen 124 proveedores. En su declaración, D^a Esther manifestó que Reyxe podía tener más de cien proveedores al finalizar 2000 (04:06:00).

Además de que solo una parte de los proveedores coincidan a la fecha de cese de los trabajadores, tampoco se impedía a Reyxe mantener su actividad, puesto que los proveedores no son exclusivos.

Todos estos extremos impiden apreciar que pudiera existir una finalidad de eliminar a un competidor o que se provocase una desorganización tal que impidiera a Reyxe continuar su actividad.

Y en relación a la clientela y proveedores, además de remitirnos a lo ya expuesto, hemos de añadir que el ilícito se configura al margen por completo de los requisitos del tipo, que se acaba mezclando con actos de denigración (realización de actos de denigración poniendo en cuestión la capacidad de Reyxe de atender sus compromisos, pg. 28 de la demanda, en el párrafo que se refiere a la "terminación de todas las relaciones con los proveedores"). Ni hay contratos con proveedores que impliquen que un determinado suministro se hubiera cancelado sin justificación, ni hay exclusivas, ni hay terminación de relaciones, dado que en cualquier momento se podían solicitar pedidos, ni mucho menos son "todas" las relaciones, como se pretende.

OCTAVO. Aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

El artículo 12 LCD trata de proteger, además del mercado, al competidor que ha logrado reputación industrial, comercial o profesional, y tipifica como desleal cualquier comportamiento adecuado para producir como resultado el aprovechamiento de las ventajas que la reputación proporciona. La acción normalmente consiste en el empleo de signos (en sentido amplio) ajenos implantados en el mercado y además, con buena fama, reputación o prestigio.

Como ya hemos señalado, en la fundamentación jurídica de la demanda solo se cita este precepto a modo de preámbulo (pg. 22) sin relacionarlo con ningún hecho. La demanda debería haber justificado la existencia de una reputación en el mercado, que debe quedar probada en el proceso, para después especificar cuál es la conducta relevante que se predica a efectos del ilícito. Deberían añadirse por lo tanto conductas concretas a través de las cuales se pretenda, como ejemplo, establecer vínculos con otra empresa, pero en la demanda el tipo está falto de cualquier alegación de hechos que sustenten el ilícito, por más que, como vimos, el recurso se acabe convirtiendo en un que se aprovecha para reformular los planteamientos iniciales al socaire de las pruebas practicadas, sin distinguir además las especialidades de cada tipo (pg. 18 del recurso), citando los preceptos de modo conjunto tras efectuar una serie de alegaciones heterogéneas: "A la vista de lo hasta aquí expuesto, entendemos que la sentencia, al valorar en forma frontalmente errónea la prueba practicada, viola por inaplicación los propios artículos que menciona de la LCD, de los que, tras hacer un análisis o exégesis correcto, no extrae, o aplica al caso concreto, las consecuencias jurídicas que en la exégesis predica y que era preciso aplicar aquí, si no fuera por la equivocada valoración de la prueba que realiza. Nos referimos concretamente a los artículos 14.1 y 14.2, 12 y 9 de la LCD".

Por lo expuesto consideramos acertada la desestimación de la demanda en este aspecto.

NOVENO. Actos de denigración.

Una muestra de lo que acabamos de poner de manifiesto son los actos de denigración. Nuevamente nos remitimos a los hechos en los que en la demanda se sustenta el ilícito. En la fundamentación jurídica de la demanda solo se cita este precepto, sin relacionarlo con ningún hecho, salvo cuando se mezcla con los



actos de inducción, como hemos visto, donde se señala que los demandados realizaron actos de denigración poniendo en cuestión la capacidad de Reyxe de atender sus compromisos y su viabilidad. Se hace referencia a este aspecto en la pg. 10 de la demanda (alarma en los proveedores sobre la solvencia de Reyxe) y en la pg. 15 de la demanda se atribuye esta actuación a los Sres. Pedro Miguel , Braulio y Gustavo .

Si observamos el recurso, los hechos se transforman y, al socaire de una de las declaraciones, de la solvencia de la sociedad se acaba trasladando el ilícito a hechos distintos, las afirmaciones injuriosas sobre el Sr. Severino , que se pueden resumir en que el Sr. Gustavo (ya no aparecen los Sres. Pedro Miguel y Braulio) manifiesta a un proveedor (solo aparece un proveedor) que el Sr. Severino (ya no hay referencia a la solvencia de la sociedad) les había engañado, que era un malversador y, en definitiva, una mala persona.

Y esta se produce porque en la prueba practicada ya no aparecen los hechos sobre los que se sustentaba la denigración. En suma, lo que sostiene el testigo D. Sebastián (Paco Perfumerías, S.L.) es que "ponían mal" al Sr. Severino .

Resulta además paradójico que la denigración se sostenga inicialmente en la demanda en las dudas sobre la solvencia de Reyxe, cuando ha quedado acreditado que la sociedad se encontraba al cierre del ejercicio 2000 incurso en causa de disolución, según sus cuentas anuales, y el propio perito de la actora emplea en el acto del juicio el término "insolvencia", y cuando en el mes de marzo de 2001 se dejó de pagar un importe total de 25 millones de pts. a proveedores.

Y respecto al testigo que se cita en el recurso, Sr. Sebastián , hay que destacar además que es él quien entra en contacto con el Sr. Gustavo precisamente porque Reyxe no le había pagado, de manera que era él mismo quien había quedado afectado por los impagos, y esa situación la conocía por sí mismo. Ya hemos señalado que, satisfecha la deuda, no tenía tampoco inconveniente el Sr. Sebastián en mantener relaciones con Reyxe.

En suma, no aparece ningún proveedor o cliente con el que se hubiera puesto en contacto alguno de los demandados para poner en duda la solvencia de Reyxe, que es en lo que se sustentaba la demanda, al margen de la realidad de la delicada situación financiera y patrimonial de Reyxe que hemos expuesto, lo que impide apreciar el ilícito que se atribuye a los citados codemandados.

DÉCIMO. Conducta contraria a la buena fe ex artículo 5 LCD .

El artículo 5 LCD solo es de aplicación cuando la conducta no queda subsumida en un tipo específico. Si lo está y no se cumplen sus requisitos no es posible acudir al mismo. Por ello no puede servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuridicidad degradada, mediante la calificación de desleal aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedirlos. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en una reiterada doctrina (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2000 y 28 de septiembre y 15 de octubre de 2001 y 20 de febrero y 8 de octubre de 2007 , 8 de octubre de 2009 , 22 de noviembre de 2010 y 13 de noviembre de 2012 , entre otras).

Ya hemos señalado que no quedaba comprendida la actuación del Sr. Pedro Miguel en el artículo 14 LCD .

A este respecto (artículo 5 LCD) la demanda se sustenta en que los demandados comenzaron a contratar con proveedores y clientes de Reyxe y para Hot Brands desde el interior de Reyxe y aprovechándose del conocimiento que tenían de las relaciones comerciales y know-how de Reyxe, derivando la actividad de Reyxe hacia Hot Brands.

Y hemos destacado que no se acredita contratación para Hot Brands por parte de los trabajadores Sres. Braulio y Gustavo mientras trabajaban para Reyxe. En todo caso, cualquier hecho aislado sería imputable al Sr. Pedro Miguel , su jefe directo y quien impartía instrucciones a los mismos.

Ninguna intervención directa mantiene la Sra. Sofía , que en definitiva vincularía a Hot Brands, no a ella personalmente, dada su condición de administradora de la sociedad.

Y mucho menos cabe hablar de participación alguna del Sr. Sabino , que además no era trabajador de Reyxe, sino asesor, y que después solo ostentaba la condición de socio minoritario de Hot Brands, al margen de que, reiteramos, ninguna actuación a este respecto le resulta imputable.

No cabe duda alguna de que el Sr. Pedro Miguel realizó operaciones comerciales en febrero y marzo de 2001 cuando todavía formaba parte de Reyxe, actuaciones que asume como realizadas personalmente por él (00:13:00 y ss.). El cese del Sr. Pedro Miguel en Reyxe se produce el día 3 de abril de 2001.



La sociedad Hot Brands no era más que el instrumento utilizado por el Sr. Pedro Miguel para desarrollar su nueva actividad al margen de Reyxe. Era él quien controlaba de hecho Hot Brands y así lo reconoce también su esposa, la Sra. Sofía .

En consecuencia, los actos de contratación efectuados en los citados meses de 2001 son imputables tanto al Sr. Pedro Miguel como a la sociedad que instrumentalmente utiliza para desarrollar su actividad (Hot Brands).

Sentado lo anterior, hemos de advertir que el único reproche que cabe efectuar es el que se iniciara esta actividad cuando aún formaba parte de Reyxe, puesto que el Sr. Pedro Miguel no necesitaba servirse de medios de Reyxe para continuar por cuenta propia dicha actividad de importación y exportación de perfumes, ya que poseía conocimientos suficientes del sector adquiridos durante años y relaciones personales con proveedores y clientes, como también poseían esos conocimientos los dos trabajadores de Reyxe (Sres. Gustavo y Braulio) que por su confianza personal decidieron trabajar con él y que podían hacerlo libremente.

Es por lo tanto lógico que pudieran implantarse en el mercado a través de Hot Brands en un breve periodo de tiempo, y esto no procede de ninguna actuación desleal, sino de los propios conocimientos y capacidades de dichos señores y del hecho de que dicha actividad no requiere de una gran infraestructura, sino relaciones comerciales que formaban parte de su bagaje personal.

Por estas razones solo podemos limitar el reproche a los clientes captados en los meses de febrero y marzo de 2001 (hemos de advertir que en el mes de febrero no hay clientes "iguales" según el informe pericial aportado con la demanda, T. I, ff. 356 y ss). Y decimos a los clientes porque es a partir de las ventas a los clientes cuando se obtienen los beneficios que debían haber servido de provecho para Reyxe, no para Hot Brands. Respecto a los proveedores, hemos observado como ninguno de los proveedores ponía objeción a continuar sirviendo perfumes a Reyxe. La contratación con proveedores no es más que un instrumento de las ventas posteriores, de la captación de clientes.

Vamos por lo tanto a analizar estas dos cuestiones en las que en concreto se sustenta el ilícito en la demanda:

(i) Conocimientos, relaciones comerciales y know-how del Sr. Pedro Miguel y utilización por éste de esos mismos conocimientos de los que fueron trabajadores de Reyxe en el ámbito comercial.

(ii) Operaciones del Sr. Pedro Miguel con clientes en los meses de febrero y marzo de 2001, formando parte de Reyxe.

La jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1999 , 24 de noviembre de 2006 , 14 de marzo de 2007 y 25 de febrero y 8 de junio de 2009) ha señalado que la posibilidad de cambiar de trabajo 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 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 del mismo texto constitucional (libertad de empresa). Es más, resultaría perfectamente legítima la actuación del que estando al corriente del desenvolvimiento y la suerte de las relaciones jurídicas que entablaba su anterior empresario con terceros hubiese podido luego procurar el desvío de esos sujetos hacia el ámbito de actuación de la nueva empresa, lo que resultaría lícito e incluso entroncaría de forma intrínseca con las reglas del juego concurrencial. El conocimiento de la clientela propio de la actividad profesional desarrollada, no determina ilícito concurrencial alguno. La clientela no es un bien jurídico que deba permanecer al margen del proceso de selección que implica la competencia.

Como señala, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2008 : "Respecto de la alegación de que [...] se ha beneficiado de los contactos y conocimiento que poseía como consecuencia de haber trabajado para la actora, tampoco puede considerarse como una circunstancia constitutiva del carácter concurrencialmente ilícito de la conducta de dicha demandada, puesto que es reiterada la jurisprudencia que declara que las habilidades, capacidades, experiencia y conocimiento del sector que componen la formación y capacitación profesional del trabajador son de libre uso por el mismo. Mientras que no se haga uso de secretos industriales o empresariales por parte del trabajador para fines distintos de los dispuestos por la empresa que ha dado a esos datos el carácter de secreto industrial o empresarial, o no concurren otras circunstancias que cualifiquen negativamente la conducta por la distorsión que introducen en el mercado (por implicar obstaculización, expolio, engaño, confusión, aprovechamiento indebido de esfuerzo o prestigio ajenos, etc), el aprovechamiento por el trabajador, para sí o para otro, de su experiencia y conocimiento del sector no es desleal, por más que dicha experiencia y conocimiento lo haya adquirido trabajando para un tercero " .

Descartado el ilícito al que se refieren los hechos contemplados en el primero de los apartados (i), pasamos a examinar el segundo (ii).



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.

La captación de clientes durante la vigencia de la relación laboral y social se ha considerado acto de competencia desleal, como se pone de manifiesto en la citada sentencia.

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 reprobable, salvo que para ello se empleen medios de un tercero. Lo que resulta reprobable es que antes de marcharse el socio y trabajador hubiera comenzado a desviarla para la nueva empresa desde el interior de la que estaba a punto de abandonar o que se hubiesen empleado de otro modo recursos pertenecientes a ésta para conseguirlo.

Es por ello que nos encontramos ante un ilícito concurrencial imputable al codemandado Sr. Pedro Miguel y a la sociedad que utiliza para desarrollar su actividad, Hot Brands.

El codemandado ha pretendido justificar su actuación en el hecho de que el Sr. Severino ya conocía que iba a abandonar la sociedad y que éste le pidió que continuase hasta acabar con el stock existente, pero este hecho no resulta acreditado. Es cierto que el Sr. Pedro Miguel, a consecuencia de resultar apartado de la administración de Reyxa y revocados sus poderes, podía tener expectativas legítimas de abandonar Reyxa y desarrollar su actividad por cuenta propia o a través de otra sociedad, pero esto no permite que mientras ejerce su labor en Reyxa procure la captación de clientes de ésta.

En suma, el único ilícito apreciable se refiere a la contratación con cuatro clientes de Reyxe en el mes de marzo de 2001, antes de que el Sr. Pedro Miguel abandonara dicha empresa.

UNDÉCIMO. Las consecuencias indemnizatorias del ilícito apreciado no podían ser, en modo alguno, las pretendidas en la demanda, ni cabe la condena en este caso.

En ningún momento se aprecia la pretendida sustitución, trasvase o expolio en el que se sustenta la pretensión indemnizatoria, que alcanza, nada más y nada menos, que al valor del negocio de Reyxe.

Por una parte ya hemos señalado que no se apreció ningún interés real y efectivo en reorganizar el departamento comercial para continuar con la actividad, encontrándose la sociedad ante una grave crisis financiera.

Por otra parte, la implantación de Hot Brands en el mercado no se debe a otra circunstancia que el amplio conocimiento del sector por parte del Sr. Pedro Miguel y de los trabajadores que contrató.

Por último, la indemnización debe circunscribirse a los hechos que se reputan desleales, limitados a la captación de clientela en el mes de marzo de 2001, cuando el Sr. Pedro Miguel aún trabajaba para Reyxe. Si posteriormente otros clientes fueron captados por Hot Brands, esto no es sino consecuencia de los propios conocimientos del mercado antes señalados y no puede relacionarse con el concreto reproche que aquí se efectúa.

Nos encontramos por lo tanto ante serias objeciones a la apreciación de cualquier clase de indemnización. Esto viene motivado, como se ha expuesto, por la falta de conexión causal entre el concreto ilícito apreciado y los supuestos daños. La disminución del negocio de Reyxe no se debe a dichos actos, sino a la grave situación financiera y patrimonial de la sociedad. Al menos desde final del ejercicio 2000 se encontraba incurso en causa de disolución y el propio perito se refiere a su insolvencia, y en el mes de marzo de 2001 no es capaz de hacer frente a sus obligaciones, lo que incide en la relación con los proveedores. En dicha situación, coincidimos además con la sentencia recurrida en la absoluta falta de interés en mantener el negocio que desarrollaba el Sr. Pedro Miguel, sin voluntad real de sustituir a los trabajadores y continuar la actividad.

Sobre este presupuesto que determina de plano la desestimación de la pretensión indemnizatoria, hemos de añadir otras circunstancias que muestran lo desproporcionado e inconexo de las cantidades reclamadas al respecto.

Como es obvio, ninguna relación guarda con estos hechos el que se pretenda obtener como indemnización las cantidades abonadas por Reyxe en virtud del acuerdo de refinanciación con los bancos de fecha 21 de diciembre de 2000. La pretensión no deja de resultar insólita incluso de haberse apreciado los ilícitos en que se sustentaba la demanda, en cuanto se pretende que los demandados hagan frente a la situación patrimonial de Reyxe existente con anterioridad a los hechos aquí enjuiciados y derivada de las propias dificultades que atravesaba la sociedad, en especial, como reconoce la demanda, a consecuencia del impago de un cliente por una elevada suma.



Y a la misma conclusión hemos de llegar en relación al último de los conceptos indemnizatorios reclamados como daño material. Se pretende como "lucro cesante" los beneficios obtenidos por Hot Brands en los ejercicios 2001, 2002 y 2003. El lucro cesante de Reyxe no coincide con los beneficios de Hot Brands. Lo representaría en todo caso la pérdida de ingresos derivada de las operaciones con clientes de Reyxe captados por Hot Brands en marzo de 2001. Incluso podríamos asumir que tal pérdida coincidiera con los ingresos obtenidos por Hot Brands en relación a esos clientes, pero en ningún caso lo solicitado y lo calculado por el perito. Hay que destacar además que el propio informe pericial resulta confuso (esto ya lo advierte la sentencia recurrida) porque se refiere a clientes "iguales" y no propiamente a los clientes que hubiera considerado perdidos por Reyxe.

Por último, no es posible reconocer ningún daño moral, puesto que éste no va asociado al concreto reproche efectuado. Como señala la citada STS de 1 de junio de 2010 la repercusión en la reputación o imagen de la sociedad debe estar conectada al concreto ilícito competencial estimado.

Como ya hemos señalado, en el informe pericial elaborado a instancia de la actora no se aprecian clientes iguales en febrero de 2001, y en marzo de 2001 solo aparecen 4 clientes iguales. El total de clientes de Reyxe en 2000 y 2001 según el informe era de 68.

El propio perito expuso en el acto del juicio el alcance de su informe (05:07:00) en cuanto se limitó a fijar las valoraciones que se le solicitaban.

En consecuencia, salvo la elaboración de un nuevo informe o la ampliación del existente, no sería posible cuantificar el importe al que tendría que circunscribirse la hipotética indemnización (de haber sido apreciada), lo que debería efectuarse por otra parte sobre bases distintas de las contempladas en la demanda. Esta circunstancia también impide estimar la pretensión indemnizatoria, dado que la cuestión tampoco puede remitirse a ejecución de sentencia (artículo 219.3 LEC).

En cuanto se refiere a la pretensión relativa a la publicación de la sentencia, en la demanda no se justifica tal pretensión, por lo que debe ser desestimada, ni tan exiguo número de clientes captados permitiría su estimación por resultar desproporcionada.

Visto lo expuesto el recurso debe ser parcialmente estimado en relación a dos de los demandados y la sentencia recurrida parcialmente revocada al efecto de estimar parcialmente la demanda y declarar el ilícito imputable al Sr. Pedro Miguel y a Hot Brands.

DÉCIMOSEGUNDO. Las costas derivadas del recurso causadas a D^a Sofía , D. Gustavo , D. Braulio , D^a Coro y D. Sabino deben ser impuestas a la recurrente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC , sin efectuar expresa imposición en cuanto al resto.

Las costas causadas en la primera instancia a los citados codemandados absueltos deben ser impuestas a la actora, sin efectuar expreso pronunciamiento en cuanto al resto, dada la estimación parcial, conforme a lo dispuesto en el artículo 394 LEC .

FALLAMOS

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por REYXE, S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Cinco de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes, en relación a D. Pedro Miguel y HOT BRANDS, S.L. y lo DESESTIMAMOS en relación a D^a Sofía , D. Gustavo , D. Braulio , D^a Coro y D. Sabino , en consecuencia, revocamos parcialmente la Sentencia y en su lugar,

1. Estimamos parcialmente la demanda interpuesta por REYXE, S.A., declarando que D. Pedro Miguel y HOT BRANDS, S.L. han realizado actos de competencia desleal prohibidos por el artículo 5 LCD , absolviendo a los citados codemandados del resto de pronunciamientos interesados.

2. Mantenemos el pronunciamiento desestimatorio de la demanda en relación a los codemandados D^a Sofía , D. Gustavo , D. Braulio , D^a Coro y D. Sabino .

Las costas causadas en la primera instancia a D^a Sofía , D. Gustavo , D. Braulio , D^a Coro y D. Sabino deben ser impuestas a la actora, sin efectuar expreso pronunciamiento en cuanto al resto.

Respecto a las costas derivadas del recurso, las causadas a D^a Sofía , D. Gustavo , D. Braulio , D^a Coro y D. Sabino deben ser impuestas a la parte recurrente, sin efectuar expresa imposición en cuanto al resto.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ