



Roj: **SAP S 2098/2013 - ECLI: ES:APS:2013:2098**

Id Cendoj: **39075370042013100564**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **4**

Fecha: **02/07/2013**

Nº de Recurso: **430/2012**

Nº de Resolución: **337/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARCIAL HELGUERA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000337/2013

Ilma. Sra. Presidente:

D^a Maria Jose Arroyo Garcia

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Marcial Helguera Martinez

D. Joaquin Tafur Lopez de Lemus

En Santander, a 2 de julio de 2013.

Vistos en trámite de apelación ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4 de Cantabria los presentes autos de Procedimiento Ordinario, nº 1154/09, Rollo de Sala nº 0000430/2012, procedentes del JUZGADO MERCANTIL Nº 1 de Santander.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante la mercantil PROTECMORA SERVICIOS LEGALES S L, representada por la Procuradora D^a. BEGOÑA PEÑA REVILLA, y defendida por el Letrado D. Félix Pancorbo Negueruela y parte apelada D. Maximino , D. Romeo y " GRUPO MIMEGA CONTROL DE RIESGOS EMPRESARIALES S.L." representados por el Procurador D. ENRIQUE PANDO MOLLÁ y asistidos del Letrado D. Miguel Millán Pila.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado D. Marcial Helguera Martinez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del JUZGADO MERCANTIL Nº 1 de Santander, en los autos de referencia, se dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2011 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por PROTECMORA SERVICIOS LEGALES CONTRA LA MOROSIDAD S.L., representada por el Procurador doña Begoña Peña Revilla, contra D. Romeo , D. Maximino y GRUPO MIMEGA CONTROL DE RIESGOS EMPRESARIALES, S.L., declaro como acto de competencia desleal realizado por don Romeo , la constitución de la sociedad GRUPO MIMEGA CONTROL DE RIESGOS, S.L., cuando ostentaba el cargo de administrador de la actora, condenándole a publicar el fallo de la presente sentencia en los términos contenidos en el fundamento de derecho décimo tercero de esta resolución, absolviendo al resto de los demandados de todas las peticiones deducidas frente a ellos y sin realizar condena al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia; y tramitado el mismo se remitieron las actuaciones a la Ilma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido, por turno de reparto, a esta Sección, donde tras la deliberación y el fallo del recurso, quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la resolución correspondiente.



TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

PRIMERO.- Se estima en parte la demanda. La parte actora apela porque sostiene que su demanda se ha de estimar en su totalidad frente a D. Romeo y a D. Maximino .

Es decir, que, a su juicio, se ha producido una competencia desleal, y, en consecuencia, se le han de reconocer las consecuencias inherentes, daños y perjuicios, cesación, etc.

La Sala no va a reproducir ni a detenerse en los hechos acreditados, ya por reconocidos ya por prueba ad hoc.

Por tanto hemos de partir de que D. Maximino , como comercial, y D. Romeo , como socio, estuvieron cada cual a su propio nivel jurídico en PROTECMORA SERVICIOS LEGALES SL. Que ambos, en un momento dado abandonan esa sociedad, y constituyen e inician su actividad en otra sociedad GRUPO MIMEGA CONTROL DE RIESGOS EMPRESARIALES SL.

De manera que esas dos personas físicas pasan a concurrir en el mercado en un negocio sustancialmente idéntico a aquél del que procedían.

El Juzgado, amén de estimar la infracción del art 15 LCD en relación con el entonces vigente art 65 LSRL , dicta sentencia entendiendo que su actuación se enmarca dentro de la libertad de mercado y de concurrencia, mientras que la hoy recurrente insiste en que se ha producido competencia desleal.

SEGUNDO.- Y en este caso, y en la medida que contamos con la STS de 16.12.2011 , que estudia un supuesto que en parte es de aplicación al nuestro, traemos su texto parcialmente:

"La temática de que se trata exige que la consideración general de la buena fe objetiva como acomodación al "imperativo ético que la conciencia social exige" deba ponerse en relación (e incluso subordinarse) con el principio de protección que los derechos constitucionales de libertad de empresa (art. 38 CE) y de derecho al trabajo (art. 35 CE) exigen (SS. 24 de noviembre de 2006 , núm. 1169 ; 14 de marzo de 2007 , núm. 270).

En sintonía con dicha doctrina la jurisprudencia tiene declarado que los hechos consistentes en la mera contratación de trabajadores o de personas que realizan funciones técnicas o directivas en una empresa por otra de semejante actividad para desarrollar la misma o similar función, o el abandono por un trabajador o grupo de ellos de una empresa para constituir o integrarse en otra del mismo tráfico económico, no es suficiente para apreciar la existencia del ilícito competencial del art. 5º LCD , ni siquiera cuando se aprovecha la experiencia personal y profesional adquirida por la dedicación a igual actividad industrial o comercial. Prevalcen en tales casos la libertad de trabajo y libre iniciativa y de desarrollo de la actividad económica. En tal sentido las Sentencias de 3 de julio de 2008 , 628 , 25 de febrero de 2009 , 97 , y 8 de junio de 2009 , núm. 383. Y en su aplicación cabe citar las Sentencias de 11 de octubre y 29 de octubre de 1999 y 28 de septiembre de 2005 , núm. 699, con arreglo a las que "no cabe impedir que un empleado deje el trabajo y desarrolle una actividad semejante para la que precisamente estaba profesionalmente preparado"; 1 de abril de 2002 (que se refiere a un supuesto de unos empleados que abandonan la empresa y pasan a constituir otra dedicada a la misma actividad); 14 de marzo de 2007 , 270 (no se puede impedir que se constituya una sociedad que tenga una actividad coincidente con otra); 23 de mayo de 2007 , 559 (la mera captación y trasvase de trabajadores de una empresa a otra que se funda o ya en funcionamiento con la misma actividad industrial y/o comercial no es suficiente para generar un ilícito de competencia); 8 de junio de 2009 , 383; y 1 de junio de 2010 , 256 (no hay ilicitud cuando un socio o trabajador que se marcha y en el ejercicio de su libre iniciativa empresarial constituye otra empresa). Para que quepa apreciar el ilícito de competencia desleal es preciso que concurren otras circunstancias típicas o que supongan abuso de la competencia , es decir, deslealtad en el sentido de contradicción de la buena fe objetiva en su perspectiva de mecanismo de ordenación y control de las conductas del mercado (S. 23 de mayo de 2007 , 559), como ocurre con un aprovechamiento torticero de la información o de la clientela (S. 8 de junio de 2009 , 383), o cuando la constitución de la nueva sociedad para competir en el mismo mercado y con similar producto, además de actos preparatorios para que la nueva empresa entrara en funcionamiento inmediatamente de desvincularse de quien les daba trabajo, tuvieron lugar mientras se prestaban servicios retribuidos en la entidad demandante (S. 11 de febrero de 2011 , 19).

Tampoco determina "per se" la ilicitud el aprovechamiento de la formación profesional, información no reservada y experiencia adquirida por los trabajadores que pasan a otra empresa. Dice al respecto la Sentencia de 23 de mayo de 2007 , núm. 559 que «Forma parte de la normalidad del mercado que las empresas



traten de obtener trabajadores con experiencia, y ello tanto más en el inicio de su actividad empresarial, lo que normalmente supone que dichos trabajadores dejen de formar parte de la plantilla de otra, y no es maniobra desleal que la captación tenga lugar mediante el ofrecimiento de mejores condiciones económicas y/o laborales y/o personales. Por lo demás, la experiencia del trabajador, y la aportación que pueda suponer, no es patrimonio de la empresa, con independencia de que se aproveche de la misma, y se vea perjudicado por la marcha del empleado, pero, de ello, no cabe deducir que con la oferta de mejora, sea concreta o abstracta, se esté tratando de hundir al competidor. Entenderlo de otro modo afectaría a la libertad de trabajo y libertad de empresa (arts. 35.1 y 38 CE) y autonomía de la libertad». En el mismo sentido sobre aprovechamiento de la experiencia y conocimientos anteriores Sentencias de 25 de febrero de 2009, núm. 97 y 16 de junio de 2009 , núm. 408.

Asimismo, la mera captación de la clientela no es suficiente para determinar una aplicación de la cláusula general del art. 5º LCD . Señala la Sentencia de 3 de julio de 2008 , núm. 628, que "la clientela supone para las empresas un importante valor económico, pero nadie puede invocar ningún título respecto de la misma, ni pretender una efectiva fidelización, por lo que nada obsta a su captación por otras empresas cuando ello tiene lugar de modo normal o por medios lícitos". En el mismo sentido manifiesta la Sentencia de 8 de junio de 2009 , núm. 383, que, "si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho de empresario a la misma, por lo que cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatar la clientela al competidor. Y ello tiene pleno apoyo constitucional (art. 35 y 38 CE) en la libre iniciativa económica y libertad de empresa, que caracterizan el sistema de economía de mercado". Sin embargo, el mecanismo por el que se atrae la clientela ajena ha de ser correcto, por medios que no distorsionen los buenos usos y prácticas del mercado (S. 8 de junio de 2009 , núm. 383). La jurisprudencia resalta que la atracción o captación de la clientela ajena no ha de efectuarse de forma incorrecta o irregular, con alteración de la estructura competitiva o el normal funcionamiento del mercado (SS. 24 de noviembre de 2006 , 1169 ; 8 de octubre de 2007 , 1032).

Por lo general, la ilegalidad o ilicitud se ha apreciado cuando la captación se produjo con anterioridad a la extinción del vínculo laboral. En tal sentido cabe citar las Sentencias de 19 de abril de 2002 , 348 ; 3 de julio de 2006 , 705 ; 24 de noviembre de 2006 ; 3 de julio de 2008 , 628 ; 8 de junio de 2009 , 383 ; 16 de junio de 2009 , 408 ; 1 de junio de 2010 , 256.

En el caso no concurren las circunstancias necesarias para apreciar el ilícito competencial alegado por la recurrente, pues no se produce por el hecho de dejar la empresa en que se trabaja y pasar a otra de la misma actividad comercial. Asimismo no se aprecia nada irregular en la captación de la clientela. No lo sería la venta a precios más bajos (S. 25 de febrero de 2009). Y tampoco consta ningún aprovechamiento comercial o industrial, ni de ningún secreto, ni dato confidencial o reservado, que haya podido servir de información privilegiada para dicha captación, pues no basta el mero conocimiento de la clientela, que no constituye por lo general secreto empresarial (S. 25 de febrero de 2009)".

TERCERO.- Examinamos el recurso.

El primero parece referirse a error en la valoración de la prueba. Pero para ello la parte realiza su propio relato, y con base en los elementos probatorios que le pueden ser favorables. De manera que sin perjuicio de la dudosa credibilidad de las personas que acuden como testigos tanto por una parte como por la otra, en lo que ahora nos interesa, esto es, en cuanto a los testigos de la actora, hoy apelante observamos:

a)El testigo,D. Eleuterio , es evidente que, con independencia de que formalmente venga como testigo, tanto por ser un accionista de la sociedad actora, como por el contenido de su testimonio, como por las relaciones directas, incluso escritas que él mismo refiere se infiere que se trata de una persona que es directivo de la sociedad, interesado en el devenir societario y bien enterado de los pormenores.

En definitiva, tenemos dudas de su credibilidad, y, por tanto, su apoyo intenso en el recurso en dicho testimonio es ineficaz. Ejemplo de esa dudosa credibilidad es que en un momento del interrogatorio afirma que la marcha de los demandados fue tan perniciosa que "estuvieron a punto de cerrar". Pero resulta que, por una parte , el número de clientes parece que creció(pasaron de algo más de 300 clientes entonces, a unos quinientos y pico o 600 clientes ahora en propias palabras de D. Eleuterio) ;y el número de facturaciones se incrementó en un 30% entre el 2008 y 2009, a la vez que los beneficios crecieron de forma abultada. Por tanto, y sin interiorizar en un más profundo examen sobre otros motivos, lo cierto es que no es fácil solicitar unos perjuicios de más de 20.000 euros en esa anualidad, a la vez que se produce un despegue enorme en sus beneficios.

Y,por otra, según la pericial, ha cotejado los datos de ambas empresas y pudo constatar que pasaron 40 clientes a la nueva sociedad.



b) Y en cuanto a la primera testigo de que Romeo se llevaba CDs, es un dato tan equívoco que ninguna conclusión cabe extraer.

c) Y todo ello, sin perjuicio, de que, como ya hemos expuesto, insiste en datos que resultan acreditados y no se produce una efectiva controversia.

CUARTO.- En el segundo motivo se refiere a la errónea aplicación del art 5 de la LCD vigente que el Juzgado produce en el NOVENO fundamento de D.

Pero la parte recurrente verá que la doctrina del TS que hemos reflejado en el Fundamento de D SEGUNDO de esta nuestra sentencia, apoya la postura del Juzgado, y no ampara la tesis de la recurrente, que pretende calificar de mala fe- contrario a la buena fe- la conducta de los codemandados, no sólo con referencia a la LCD ,sino también al art 7CC , y que, en su opinión, primaría sobre la libertad de trabajo y la competencia inherente a nuestro sistema constitucional.

Tampoco es acertada jurisprudencialmente la tesis de la autonomía en la aplicación de dicho art 5, de manera que, sostiene, que siempre que las conductas no colmen los tipos de los preceptos concretos, se ha de recurrir a dicho artículo.

Entendemos que si la parte apelante invoca hechos tipificados expresamente como de competencia desleal, ha de acreditar la concurrencia de todos los elementos objetivos y, en su caso, subjetivos del tipo. Y si no prueba esa completa conducta típica el juez no debe apreciar dicha competencia desleal, sin que en esos casos, pueda acudir a esa cláusula general del art 5, cual si este fuera un mecanismo para que lleguen a ser objeto de condena las conductas que no han llegado a superar el filtro de su especial tipificación. Y es que lo que pretende, en efecto, la parte recurrente, es reunir de nuevo todas esas conductas que individualmente no son susceptibles de competencia desleal, para , en su conjunta valoración, tenerlas por tal, en aplicación del art 5. Tesis que no es compartida.

QUINTO.- También se alega en el tercer motivo un error en la aplicación del Derecho producido en el F. de D. DECIMOSEGUNDO.

Fundamentando la actora la petición de daños y perjuicios en hechos de competencia desleal, y faltando dicha premisa, resulta coherente el rechazo de tal pretensión. Lo que sucede es que la recurrente parte de que se ha acreditado la competencia desleal descrita en su demanda vinculada a los daños y perjuicios, lo que no es cierto.

Y es que objetivamente, como hemos declarado, ese peligro de cierre por disminución de clientes y de beneficios anudados a la salida de los codemandados y la puesta en marcha de su propio negocio, no sólo no se ha probado, sino que se han aportado precisamente datos sobre la variación de clientes y de beneficios que demuestran lo contrario: más clientes y más beneficios en una año. En este punto la recurrente una vez más invoca la parte de prueba que le favorece, lo que nunca es bastante para mostrarnos error en la sentencia de instancia.

SEXTO.- Por cuanto antecede, es visto que el recurso debe ser desestimado, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante (art. 398 LEC).

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por " PROTECMORA SERVICIOS LEGALES SL" contra la ya citada sentencia del Juzgado de lo MERCANTIL, la que confirmamos.

Se imponen las costas de esta alzada a la parte apelante.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha de lo que yo el Secretario doy fe.