



Roj: **SAP M 19603/2014 - ECLI: ES:APM:2014:19603**

Id Cendoj: **28079370282014100347**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **21/03/2014**

Nº de Recurso: **662/2012**

Nº de Resolución: **90/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid  
Sección Vigésimoctava  
C/ Gral. Martínez Campos, 27 - 28010  
Tfno.: 914931988  
37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2012/0012498

**Recurso de Apelación 662/2012**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de lo Mercantil nº 06 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 12/2007

**APELANTE:** CASTOPALIA SL

PROCURADOR D./Dña. ALMUDENA GIL SEGURA

LETRADO D./Dña. RICARDO IBAÑEZ CASTRESANA

**APELADO:** CLINICA MEDICA EGO S.L.

PROCURADOR D./Dña. PILAR IRIBARREN CAVALLE

LETRADO D./Dña. GILBERTO SORIANO CALVO

D./Dña. Marcelina

PROCURADOR D./Dña. RAUL MARTINEZ OSTENERO

LETRADO D./Dña. DON JOSE MANUEL GOMEZ ARANDA

**SENTENCIA N° 90/2014**

En Madrid, a 21 de marzo de 2014.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Pedro María Gómez Sánchez, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 662/2012, los autos del procedimiento nº 12/2007, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, el cual fue promovido por CASTOPALIA SL contra EGO IMAGEN SL y D<sup>a</sup>. Marcelina , siendo objeto del mismo acciones en materia de **competencia desleal**.

Han actuado en esta segunda instancia en representación y defensa de las partes, la procuradora D<sup>a</sup>. Almudena Gil Serua y el letrado D. Ricardo Ibañez Castresana por CASTOPALIA SL, como apelante, y el procurador D. Raúl Martínez Ostenero y el letrado D. José Manuel Gómez Aranda por D<sup>a</sup>. Marcelina y el procurador D<sup>a</sup>. Pilar Iribarren Caballé y el letrado D. Gilberto Soriano Calvo por EGO IMAGEN SL, como apeladas.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 7 de diciembre de 2006 por la representación de CASTOPALIA SL contra EGO IMAGEN SL y D<sup>a</sup>. Marcelina , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba:

"1. Declare como actos contrarios a la competencia, y por tanto desleales, los realizados por DOÑA Marcelina y la Clínica Médica EGO.

2. Ordene a DOÑA Marcelina y la Clínica Médica EGO el cese inmediato en la práctica de todos los anteriores actos de **competencia desleal**, cesando de inmediato en el envío de mailing o cualquier otra acción que pueda causar confusión con los derechos de la demandante.

3. Prohíba a DOÑA Marcelina y la Clínica Médica EGO realizar en el futuro nuevos actos desleales. Prohibiéndoles el futuro uso de la mencionada información ni de cualquier otra que pueda vulnerar mis derechos. Impidiéndoles para ello que de forma directa o indirecta hagan uso (incluso a través de personas interpuestas) de los datos, ficheros, notas, copias de expedientes o informes.

4. Condene a las demandadas a que reintegren a la demandante la totalidad de los datos, ficheros, notas, copias de expedientes o informes administrativos o médicos que obren en su poder y que sean de mi titularidad.

5. Condene a DOÑA Marcelina y la Clínica Médica EGO a con el fin de remover los efectos producidos por los actos de **competencia desleal** descritos a que de manera inmediata finalicen la relación que puedan mantener en la actualidad con los clientes que haya podido obtener a través de dicha ilícita forma de actuar, haciéndoles saber la imposibilidad de continuar con cualquier tipo de tratamiento.

6. Condene a DOÑA Marcelina y la Clínica Médica EGO a pagar a mi representada la cantidad que se determine en sentencia, de conformidad con las bases descritas en el hecho cuarto del presente escrito.

7. Condene a DOÑA Marcelina y la Clínica Médica EGO al pago de las costas causadas en el presente procedimiento."

**SEGUNDO.-** Por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 30 de mayo de 2012 , cuyo fallo establece:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la procuradora D<sup>a</sup> Almudena Gil Segura, en nombre y representación de CASTROPALIA S.L. contra D<sup>a</sup> Marcelina , y contra "CLÍNICA MÉDICA EGO", EGO IMAGEN S.L., ABSOLVIENDO a los demandados de los pedimentos formulados en su contra y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante."

**TERCERO.-** Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de CASTOPALIA SL se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte, ha dado lugar, tras la recepción de los autos con fecha 13 de septiembre de 2012 ante la Audiencia Provincial de Madrid, a la formación del presente rollo, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La sesión de deliberación del asunto se celebró con fecha 20 de marzo de 2014.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los hechos de carácter relevante que dan lugar a la promoción del litigio del que ahora conocemos en apelación son los siguientes:

1º) D<sup>a</sup>. Marcelina prestó sus servicios profesionales como esteticista, en la condición laboral de auxiliar de estética, desde el 1 de abril de 1991 hasta el 21 de octubre de 2005, es decir, durante más de 14 años, para la entidad demandante (CASTOPALIA, antes CASTELIA SL), en las instalaciones que esta entidad tiene abiertas en la calle Cavanilles nº 27 de Madrid (distrito 28007);

2º) D<sup>a</sup>. Marcelina causó baja laboral en CASTOPALIA por despido disciplinario, por causa de su disminución de rendimiento, que le fue notificado por carta de fecha 21 de octubre de 2005, recibiendo una indemnización de 9.693,60 euros;

3º) el 25 de octubre de 2005 D<sup>a</sup>. Marcelina se dio de alta como solicitante de empleo;



4º) el 7 de noviembre de 2005 D<sup>a</sup>. Marcelina fue contratada para la prestación de servicios laborales como técnico estético por la entidad EGO IMAGEN SL, para el centro de trabajo sito en la calle Doctor Esquerdo nº 187 de Madrid (distrito 28007), próximo a su anterior trabajo; dicha empresa había comenzado su actividad en octubre de 2004;

5º) D<sup>a</sup>. Marcelina facilitó a EGO IMAGEN SL los datos de contacto de algunas personas de los que ella personalmente disponía, a las que se dirigieron cartas (los sobres de trece de ellas constan en autos) en las que se incluía la publicidad de los servicios estéticos de dicha empresa y además una misiva firmada por la primera de las mencionadas personas en la que comunicaba que había dejado su trabajo anterior para continuar su trayectoria profesional en EGO, invitando a conocer la clínica y a recibir un tratamiento gratuito de prueba en ella;

6º) entre enero y noviembre de 2006 diecisiete personas que antes habían sido clientes de CASTOPALIA recibieron tratamientos en EGO IMAGEN SL; y

7º) el registro histórico de clientes de CASTOPALIA era de varios miles de ellos y la cifra de negocios de dicha empresa en los ejercicios 2004 y 2005 había rondado los 300.000 euros.

CASTOPALIA SL promovió demanda en la que se imputaba a EGO IMAGEN SL y a D<sup>a</sup>. Marcelina la comisión de una pluralidad de infracciones tipificadas en la Ley 3/1991 de **Competencia Desleal** (LCD), la cual fue desestimada en la primera instancia. El juzgador consideró que la conducta de las demandadas no era merecedora de ser incardinada en ninguno de los tipos de ilícito concurrencial que habían sido alegados por la parte actora. La disconformidad de ésta con tal resolución judicial le ha llevado a apelarla para insistir en que su pretensión debería prosperar por haber mediado la realización por las demandadas de actos ilícitos de explotación de la reputación ajena, de violación de **secretos**, de confusión, de engaño y de infracción de la buena fe, por lo que pretende que así sea declarado por este tribunal y que imponga a las demandadas el pago de una indemnización por importe de 81.400 euros para compensarle de la pérdida sufrida en su clientela.

Antes de abordar cada uno de esos ilícitos hemos de criticar la estrategia seguida por la recurrente, pues lo que no es riguroso desde un punto de vista técnico jurídico es alegar una pluralidad de tipos de la LCD cuando lo que está en entredicho es un solo comportamiento de la parte demandada. Podríamos comprender la duda razonable que hubiera podido mostrar la demandante sobre la correcta calificación jurídico legal de una conducta y que hubiese por ello apuntado la alternativa que estimase procedente; pero lo que no tiene sentido es que se alegue de modo cumulativo la comisión de tipos tan diferentes de ilícitos como los que han sido aducidos, lo que va obligar a consumir esfuerzos en explicarle a dicha parte qué significa cada uno de ellos y por qué no viene al caso el invocar aquí la mayor parte de ellos.

**SEGUNDO.**- Carece de fundamento que se pretenda reprochar a la parte demandada el que hubiese podido incurrir en actos de explotación de la reputación ajena, pues para que resultase de aplicación el tipo previsto en el artículo 12 de la Ley de **Competencia Desleal** lo que debería de haber ocurrido es que hubiese mediado un aprovechamiento indebido de las manifestaciones externas en las que se encarnan las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En concreto, ese tipo legal sanciona, como señala la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS (sentencias de 19 de mayo de 2008 y de 1 de diciembre de 2010), "*la conducta parasitaria del esfuerzo material y económico de otro y recoge la interdicción de los actos de expoliación de la posición ganada por un competidor con su esfuerzo para dotar de reputación, prestigio o buena fama a los productos o servicios con los que participa en el mercado*". Tal comportamiento habría de consistir en "*la utilización de elementos o medios de identificación o presentación de los productos (actividad, establecimiento, prestaciones) empleados por los empresarios en el mercado y que proporcionan información a los consumidores*" (sentencias de la Sala 1ª del TS de 23 de julio de 2010 y 1 de diciembre de 2010). Y además, como se señala en la última de las citadas resoluciones, tal aprovechamiento habría de ser indebido, es decir, sin cobertura legal ni contractual, debiendo resultar evitable y carecer de justificación.

No podemos extraer de las pruebas aportadas al presente proceso un sustento suficiente para poder imputar un reproche de ese tipo a las demandadas, ya que no vemos que por éstas se hayan empleado signos de identificación, formas de presentación de sus prestaciones u otro tipo de conductas similares que pudieran conllevar el que el prestigio que pudiera haber obtenido la demandante, que, por cierto, tampoco ha puesto demasiado empeño en tratar de demostrar que lo tuviese, pudiera, de alguna manera, resultar utilizado en beneficio de EGO.

Lo que es bastante obvio es que no puede extraerse una imputación de ese tipo de la simple mención que la Sra. Marcelina efectuó en su carta, en la que señalaba que había dejado el que había venido siendo su puesto de trabajo en "CASTALIA" (denominación ésta que era una nomenclatura antigua de la demandante CASTOPALIA). Porque el contexto en el que se utiliza la misma en su misiva por la Sra. Marcelina es determinante para valorar el significado del empleo de tal expresión, pues se trata de una mención meramente informativa de su



marcha de la empresa, sin que, dado su carácter diáfano, debiera derivarse de ella, desde un examen objetivo de su tenor literal, ninguna posible asociación entre las entidades que le proporcionaban el antiguo y el nuevo puesto de trabajo.

**TERCERO.**- Similar argumentación nos lleva a descartar la imputación de actos de confusión. El objeto sobre el que ha de recaer la conducta tipificada en el artículo 6 de la Ley de **Competencia Desleal** son las creaciones formales, esto es, los signos distintivos en sentido amplio y la presentación de los productos o servicios, generando de este modo el riesgo de confusión, que incluye el de mera asociación, sobre el origen **empresarial** de determinados productos o servicios

No existe en el presente caso dato alguno que revele una maniobra de confusión en materia de signos empleados por las demandadas ni sobre el simple modo de presentación externa de las prestaciones ofertadas por ellas en relación con las de la demandante. Es por ello que carece de sentido la invocación de este tipo de la LCD.

**CUARTO.**- La imputación de la comisión de actos de engaño vuelve a ser una nueva demostración de falta de rigor.

Los actos de engaño estaban tipificados como desleales en el artículo 7 de la LCD , que es el aplicable al caso en aras al principio "tempus regit actum", aunque tras la reforma por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, el ámbito del correspondiente ilícito competencial se ha escindido y ampliado en los vigentes artículos 5 y 7 de dicho cuerpo legal .

Ahora bien, el engaño se considerará desleal no porque se perjudique a un competidor (por ejemplo, porque éste pueda perder clientela), sino porque se induzca al consumidor a error sobre algún aspecto determinante de sus preferencias o decisiones en el mercado. Lo relevante es que afecte a la transparencia en el mercado. El concepto jurídico de engaño no responde al significado habitual de este último término (poniendo el énfasis en la falta a la verdad de la información difundida) sino que ha de entenderse siempre referido, como señala la doctrina más reputada, a aquél cuyas prestaciones se pretenden promocionar, o a su actividad, prestaciones o establecimientos. No hace referencia, por lo tanto, a un tercero sino a lo que el propio demandado atribuye inverazmente a sus propias prestaciones.

Nos preguntamos, por lo tanto, tras haber estudiado detenidamente las alegaciones de la parte demandante-recurrente, cómo puede alegarse que haya mediado en el presente caso una conducta de engaño sin indicarnos en qué pudiera haber faltado a la verdad la parte demandada respecto a las características de las prestaciones que estaba ofertando en el mercado.

**QUINTO.**- La invocación por la demandante de la comisión de actos desleales por violación de **secretos** ( art. 13 de la LCD ) tampoco tiene acomodo en el presente caso.

El artículo 13 de la Ley de **Competencia Desleal** considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de **secretos** industriales o de cualquier otra especie de **secretos empresariales** a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de espionaje o procedimiento análogo o mediante la inducción a la infracción contractual. Ante la falta de definición legal de **secretos** industriales o **empresariales** podemos entender como tales el conjunto de informaciones o conocimientos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la producción o prestación de un servicio o bien para la organización y financiación de una empresa. Siguiendo el artículo 39.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC; BOE de 24 de enero de 1995), para que la información **empresarial** pueda considerarse **secreto** y sea susceptible de protección es necesario que concurren los siguientes requisitos:1) que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; 2) que tenga un valor comercial por ser secreta; y 3) que haya sido objeto de medidas razonables, atendidas las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla (también, en sentido análogo, artículo 1.7 del Reglamento CEE núm. 556/89, de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de Know-How).

Pues bien, los nombres y direcciones de los usuarios de los servicios de estética que proporciona la demandante no pueden considerarse como un **secreto** industrial ni **empresarial**. Aparte de que conceptualmente resulta difícil configurarlo como tal, y mucho más para el tipo de actividades como el que desempeña la demandante, lo cierto es que, al margen del seguimiento de los protocolos internos para atender las exigencias de la normativa en materia de protección de datos (que la actora debe justificar ante las autoridades competentes en beneficio de los derechos de los ciudadanos, significadamente por la parte médica de su negocio, en la que no estaba empleada la Sra. Marcelina ), no consta que en el seno de



CASTOPALIA se adoptasen cautelas especiales para proteger la relativa a los clientes como información sensible de la empresa. En el interrogatorio practicado en el acto del juicio a la representante de la parte actora, CASTOPALIA (la doctora D<sup>a</sup>. Adriana ), se explicó que había sido después de irse la Sra. Marcelina cuando se habían planteado la adopción de medidas para separar los datos de las identidades y el de las direcciones de manera que estas últimas no figurasen en las fichas que pueden manejar las esteticistas.

En cualquier caso, ni las informaciones que formen parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesionales de carácter general de un sujeto, ni el conocimiento y relaciones que pueda tener con la clientela, aunque lo haya adquirido en el desempeño de sus funciones para otro, pueden ser consideradas como **secreto empresarial**. De manera que si falla la premisa de que esté implicado en este caso un **secreto industrial o empresarial**, no ha lugar a la posible aplicación del artículo 13 de la LCD .

**SEXO.-** En el escrito de recurso se efectúa también una alusión a la comisión de un ilícito de deslealtad mediante la infracción de normas y también en la demanda se citaba el artículo 15 de la LCD . Sin embargo, constatamos la carencia de un mínimo despliegue argumental, de cierta solidez, en torno al mismo, hasta el punto de que ni tan siquiera sabemos qué conducta distinta de la repetida una y otra vez pudiera ser la incardinable en dicho precepto legal ni tampoco en cuál de los diferentes tipos que comprende al artículo 15 de la LCD pudiera haber estado pensando la parte actora (si en la vulneración de las normas que no regulan la actividad concurrencial, sino de forma mediata o inmediatamente la producción de bienes y la prestación de servicios ,debiendo prevalerse para ello de una ventaja competitiva significativa que debería ser puesta de manifiesto por la actora - artículo 15.1 de la LCD -, o si, por el contrario, en la infracción de las normas que precisamente tienen por objeto regular la actividad concurrencial - artículo 15.2 de la LCD ). Ante tal carencia no dedicaremos mayor atención a este aspecto, si bien no hemos querido dejar de mencionarlo para que no pueda censurársenos falta de exhaustividad en nuestra resolución.

**SÉPTIMO.-** La almendra de este litigio se encuentra en si podría considerarse que las demandadas mereciesen la imputación de haber obrado en contra de las exigencias de la buena fe objetiva en materia concurrencial al provocar un desplazamiento de clientela proveniente de CASTOPALIA mediante el empleo de mecanismos dignos de censura.

La cláusula general de prohibición de la **competencia desleal** (incluida antes en el artículo 5 de la LCD y que tras la reforma por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, ha pasado a integrarse en el vigente artículo 4 de dicho cuerpo legal ), se configura como un ilícito genérico (cláusula de cierre del sistema), a fin de que la buena fe objetiva, exigible con carácter general en el ejercicio de los derechos ( artículo 7.1 CC ), lo sea también en los actos realizados en el mercado con fines de concurrencia. Como señala la sentencia de la Sala 1<sup>a</sup> del TS de 1 de junio de 2010 se trata de *"una norma en sentido técnico, es decir, completa, (S. 23 de marzo de 2.007), con autonomía o sustantividad propia ( SS. 24 de noviembre de 2.006 y 23 de marzo de 2.007 ), que si bien no complementa el tipo de otros ilícitos, sí sirve para completar el sistema de ordenación y control de las conductas en el mercado, del que es un instrumento la LCD 3/1991 ( SS. 19 de mayo de 2.008 y 10 de febrero de 2.009 ). Según la doctrina de esta Sala, la buena fe en sentido objetivo se traduce en una exigencia ética significada por los valores de la honradez, la lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y el atenerse a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena (S. 23 de marzo de 2.007 que cita SS. 16 de junio de 2.000 y 19 de abril de 2.002 ). (...) 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 jurídico (S. 16 de junio de 2.009)".* Constituye un tipo autónomo que permite reprimir conductas que resultan desleales, por contrarias al modelo o estándar de buena fe, y que, en un contexto tan dinámico como es el mercado, no hubiesen podido ser previstas por el legislador en los restantes tipos que contempla la Ley sobre **Competencia Desleal** ( sentencia de la Sala 1<sup>a</sup> del TS de 23 de julio de 2010 ).

Al amparo del referido precepto legal se hace posible considerar ilícitas, por la contravención del principio objetivo de buena fe, determinadas conductas que entrañen bien un expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno o bien una obstaculización a la posición concurrencial de un tercero, así como aquellas actuaciones que tiendan a frustrar la libre formación de preferencias y la adopción de decisiones en el mercado, de modo que atenten contra el principio de eficiencia **empresarial** y contra el criterio de que la obtención de éxito debe responder al mérito que revistan las propias prestaciones.

Entre los comportamientos que la jurisprudencia ha venido considerando subsumibles en esta cláusula general se encuentra el de la consecución de clientela efectuada, por medios ilícitos, a costa de otra empresa. Ahora bien, para que se justifique la imputación del juicio de deslealtad hacia ese tipo de actuaciones sería preciso que se diesen unas circunstancias muy significadas, pues lo que no cabe admitir son las reclamaciones que se sustenten en un concepto patrimonial de la clientela, cuando el empresario no ostenta sobre la misma ningún



derecho de exclusiva y menos de propiedad, ya que está sometida a las leyes del mercado, de manera que el ofrecimiento de servicios a la misma no puede reputarse desleal. El cliente elige entre los servicios que le ofrece el mercado según su interés, por lo que la captación de clientela no es en sí reprochable salvo que para ello se empleen medios de un tercero. No es desleal pretender arrebatarse la clientela a un competidor, pues el ataque a la posición adquirida en el mercado por otro será lícito en la medida en que ello lo justifique la mayor eficiencia del competidor y no lo será cuando simplemente sea fruto de su habilidad para interferir por medios desleales en la actividad de otro.

En el presente caso la censura de la demandante deviene de que considera que quién fue anteriormente su trabajadora, la señora Marcelina , se habría servido, una vez que pasó a trabajar para EGO, de un listado de quienes eran clientes de CASTOPALIA que le habría sido sustraído a ésta, para ofrecerles los servicios de aquélla, lo que habría motivado un desplazamiento de los mismos de una a otra empresa.

Ha sido demostrado por la actora que desde EGO se envió, cuando menos, alrededor de una docena de cartas a quienes hasta entonces habían venido siendo clientes de CASTOPALIA, ofertándoles los servicios de aquélla. Además, la propia codemandada, D<sup>a</sup>. Marcelina , reconoció, al ser interrogada en el acto del juicio, que ella disponía, no de un listado, sino de algunas direcciones y teléfonos de antiguos clientes y que los facilitó a su nueva empresa empleadora para la remisión de las cartas. La prueba pericial ha permitido comprobar, al contrastar el dietario de CASTOPALIA y el libro mayor de la contabilidad de EGO, que un total de diecisiete clientes se habrían pasado en 2006 desde aquélla hasta ésta.

Constatada tal situación debe, sin embargo, señalarse que no consideramos que tales hechos, comprendidos en el contexto que seguidamente vamos a explicar, resulten suficientes para soportar un reproche de deslealtad por infracción de la cláusula general.

En primer lugar, hay que advertir que lo que no puede considerarse ilegítima es la actuación de quien, en este caso como extrabajadora, siendo conocedora de las relaciones jurídicas que entablaba su anterior empresario con terceros haya podido luego procurar el desvío de esos sujetos hacia el ámbito de actuación de un nuevo empresario, porque, como ya hemos explicado, eso sería precisamente lícita competencia, pues la clientela no debe permanecer al margen del proceso de selección que implica la libre competencia. Sólo si se hubiese servido para ello de medios que se hubiese llevado la extrabajadora de la anterior empresa (como soportes informáticos, listados de clientes, etc) la conducta podría teñirse de ilicitud. Pues bien, esto es lo que tenemos que poner en duda que hubiese ocurrido en el presente caso, pues las razones de carácter legítimo que ha ofrecido la demandada para disponer de esas direcciones de algunos clientes resultan, con carácter general, atendibles.

La labor de esteticista desempeñada por la Sra. Marcelina , aunque lo hiciera por cuenta de la demandante, conllevó la trabazón de una relación muy estrecha con algunas de las clientas, resultado incluso de la intimidad de los tratamientos que realizaba. De ahí que, además de los datos que custodiaba la clínica, la propia Sra. Marcelina hubiera intercambiado a lo largo del tiempo sus respectivos datos de dirección y teléfono con algunas de las clientas. Esto no sólo es su versión de los hechos, pues también lo han confirmado dos testigos de cuyo testimonio no tenemos razones para dudar: la auxiliar administrativa que estuvo empleada en CASTOPALIA desde agosto de 2001 a diciembre de 2004, D<sup>a</sup>. Leocadia , y la cliente D<sup>a</sup>. Sofía , que explicó además que si se cambió de clínica siguiendo a la demandada fue por la confianza profesional que ésta le merecía. Esto es significativo, pues la fuente de tal información no provendría de una apropiación de datos de empresa, sino de un puro intercambio voluntario de ellos de modo directo, y no de forma sistemática, entre dos personas por motivos particulares.

Los hechos que acabamos de explicar los hemos de poner además en relación con otros datos que resultan muy significativos para comprender además la trascendencia real de la conducta de la Sra. Marcelina : 1º) que el número de cartas que se ha conseguido demostrar que fueron remitidas a los clientes de CASTOPALIA no es elevado (poco más de una docena); 2º) que la cantidad de clientes que está acreditado, según el filtro que efectuó el perito Sr. Imanol (que cotejó el dietario de la actora y el libro mayor de la contabilidad de EGO), que se pasaron de una a otra empresa fue de diecisiete, lo que no resulta relevante si se tiene en cuenta, por un lado, el enorme número de ellos que figuraban en el registro histórico de CASTOPALIA (varios miles, como luego explicaremos) y, por otro, que la cifra de negocios de CASTOPALIA en los ejercicios 2004 y 2005 había rondado los 300.000 euros (por lo que necesariamente estamos hablando de un volumen de clientes, actualizado al tiempo de la marcha de la Sra. Marcelina , en el que se diluiría la trascendencia de los que se marcharon precisamente a EGO); y 3º) que el paso de los clientes no lo fue en bloque, sino de modo gradual a lo largo del año 2006 (en una cadencia sucesiva entre los meses de enero y noviembre), y además, como la propia parte demandante ha estado alegando, entre algunos de ellos mediaban relaciones de parentesco o de conocimiento, lo que da pie a pensar que ello pudo influir en su decisión de cambio de centro sin siquiera influencia directa de la Sra. Marcelina en, al menos, alguno de los casos.



Hemos de poner en duda, por lo tanto, la afirmación de la parte actora de que ese desplazamiento de clientela, de incidencia relativa como hemos visto, tuviese necesariamente que responder a la previa sustracción por parte de la Sra. Marcelina de un listado de clientes antes de abandonar su trabajo en CASTOPALIA. Es cierto que la demandante ha presentado el testimonio de dos pacientes, las señoras Emma y Mercedes, que no eran precisamente de las que trataba habitualmente la Sra. Marcelina (sólo accidentalmente, vía sustitución entre compañeras) y que también son de las que, sin embargo, recibieron las cartas de EGO dirigidas personalmente a ellas. Pero no podemos sino asignar a esos dos casos un valor meramente anecdótico, sobre lo que no podemos construir la prueba de una imputación de sustracción del listado de clientes, hecho éste que de haberse producido hubiera generado un rastro de mucha mayor entidad que el apuntado; no debe olvidarse que la testigo D<sup>a</sup>. Adolfina, que es la encargada de CASTOPALIA, afirmó en el acto del juicio que el registro de pacientes que ha pasado por el centro, a los que se dirigen, por ejemplo, en Navidad, rondaría un número entre ocho y diez mil. De manera que si la Sra. Marcelina se hubiera hecho con semejante arsenal de información para arrebatar clientes a CASTOPALIA su ulterior trascendencia externa hubiese sido necesariamente más significativa. Somos conscientes de que no resulta fácil demostrar acontecimientos que por definición se realizan de modo subrepticio, de ahí que deba estimarse admisible la prueba indirecta o indiciaria de los mismos. Pero al valorar el resultado de ésta se debe ser ciertamente riguroso, pues de lo contrario se favorecerían las condenas sustentadas en simples imputaciones o en meras sospechas, lo que no resulta acorde a un sistema de garantías como el nuestro.

En conclusión, no advertimos en el presente caso sustento suficiente para la aplicación de la cláusula general de prohibición de la **competencia desleal**, pues no puede considerarse demostrado que las demandadas incurriesen en actos de expolio ni de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, ni entrevemos un plan preconcebido para hundir o desequilibrar a la actora. Como tampoco supone un acto de obstaculización contra CASTOPALIA el hecho de que, dentro de las situaciones que pueden surgir en el mercado de bienes y servicios, a partir de finales de 2005 y ya durante 2006 sufriese la directa y efectiva competencia de la entidad EGO, que había abierto a finales de 2004 un establecimiento con una localización física muy próxima y que pudo favorecerse, entre otras circunstancias, de la colaboración profesional de la codemandada, Sra. Marcelina, y beneficiarse así no sólo de su experiencia y pericia profesional sino también de las relaciones y contactos personales que tuviera la trabajadora incorporada a su plantilla. De ahí que el hecho de que mejorase en 2006 la facturación de EGO, que estaba implementando medios y creciendo, y bajase la de CASTOPALIA, puede ser contemplada como una mera consecuencia del funcionamiento del mercado, no necesariamente producto de una actividad ilícita de las demandadas, por lo que no podemos declararla como tal ni asignarle las consecuencias indemnizatorias que la demandante pretendía.

**OCTAVO.-** La desestimación del recurso conlleva la imposición a la parte apelante de las costas correspondientes a esta segunda instancia, tal como se deriva de la aplicación del nº 1 del artículo 398 de la LEC.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

## FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de CASTOPALIA SL contra la sentencia dictada el 30 de mayo de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid en el juicio ordinario nº 12/2007. E imponemos a la mencionada parte recurrente las costas correspondientes a esta segunda instancia.

Contra la presente sentencia las partes tienen la posibilidad de interponer ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.