



Roj: **SAP B 503/2016 - ECLI: ES:APB:2016:503**

Id Cendoj: **08019370152016100011**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **27/01/2016**

Nº de Recurso: **267/2014**

Nº de Resolución: **16/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ELENA BOET SERRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 267/2014

Juicio Ordinario núm. 709/2012

Juzgado Mercantil núm. 3 Barcelona

SENTENCIA núm. 16/2016

Ilustrísimos Señores Magistrados:

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN

D. JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

D^a. ELENA BOET SERRA

En la ciudad de Barcelona, a veintisiete de enero de dos mil dieciséis.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 3 de esta localidad, por virtud de demanda de las entidad MAYOLAS ASSESSORS D'EMPRESAS, S.L. contra la compañía LEX VALLÈS ASSOCIATS, S.L. y contra las señoras Dña. Carmen , Dña. Genoveva y Dña. Paulina , pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandante la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 22 de enero de 2014.

Han comparecido en esta alzada la apelante MAYOLAS ASSESSORS D'EMPRESAS, S.L., representada por el procurador de los tribunales Sr. Javier Segura Zariquiey y defendida por el letrado Sr. Antonio Valmaña Cabanes, así como las demandadas, en calidad de apeladas, Dña. Paulina , representada por la procuradora Sra. María Teresa Yagüe Gómez-Reino y defendida por la letrada Sra. Sara Castro Reyes, la entidad LEX VALLÈS, S.L. y Dña. Carmen , representadas por la procuradora Sra. María del Carmen Fuentes Millán y defendidas por el letrado Sr. Carlos Matas Foz, y Dña. Genoveva , representada por la procuradora Sra. María Teresa Yagüe Gómez- Reino y defendida por la letrada Sra. Marta Navarro Miguel.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: <<FALLO: *Desestimando la demanda interpuesta por la representación en autos de la mercantil MAYOLAS ASSESSORS D'EMPRESAS, S.L. se absuelve a doña Carmen , doña Paulina , doña Genoveva y la mercantil LEX VALLÈS ASSOCIATS S.L. de lo pretendido de contrario.*

Se condena a la actora al pago de las costas del procedimiento >>.



SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante. Admitido a trámite se dio traslado a la contraparte, que presentaron sendos escritos de oposición al recurso, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 16 de abril de 2015.

Actúa como ponente la magistrada ELENA BOET SERRA.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- 1. El objeto del proceso del que dimana el presente recurso está constituido por el ejercicio de una pluralidad de acciones de competencia desleal por los ilícitos desleales previstos en los artículos 4.1 , 6 , 7 , 11 , 13 , 14 y 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero de *Competencia Desleal* (en adelante LCD).

2. La parte actora, la compañía Mayolas Assessors D'Empreses, S.L. (en adelante, Mayolas), imputa a las demandadas (la compañía Lex Vallès Associats, S.L. y Doña Carmen , Genoveva y Paulina) haber llevado a cabo conductas desleales que concreta, principalmente, en la creación de la entidad Lex Vallès Associtas, S.L. (en adelante, Lex Vallès), por parte de las tres personas físicas demandadas, ex trabajadoras de la actora, que concurre en el mercado en colisión con la actora, e incardina en los siguientes actos de competencia desleal:

Actos de confusión del art. 6 LCD . La demanda afirma que las codemandadas han generado confusión acerca de quien prestaba servicios a los clientes finales, la actora o Lex Vallès, así como cuál era la empresa para la que trabajaban las tres codemandadas en cada momento.

Actos de engaño del art. 7 LCD . La conducta que la demanda incardina en ese precepto es la siguiente: omisiones engañosas consistentes en presentarse las tres codemandadas al mercado como trabajadoras de la actora, sin advertir a sus clientes de su desvinculación de dicha empresa.

Actos de imitación ex art. 11 LCD . El reproche desleal lo concreta la demanda en la similitud entre el modelo de ofertas (básicamente en el apartado de condiciones), que la codemandada Lex Vallès dirige a sus potenciales clientes, y el utilizado por la actora; y, también, en el uso indiscriminado y simultáneo de cuentas de correo electrónico de Mayolas y de Lex Vallès que implica, a su juicio, una imitación por aprovechamiento del prestigio de la actora.

Actos de violación de secretos ex art. 13.1 LCD . La actora sostiene que "las tres codemandadas se valieron del *know how* de Mayolas y, sobre todo, de sus datos de contacto con clientes y de los precios aplicados a éstos, lo cual otorgaba una evidente ventaja competitiva en el mercado.

Actos de inducción a la infracción contractual del art. 14 LCD . La demanda incardina en ese tipo desleal la siguiente conducta: "las codemandadas indujeron a clientes de Mayolas, mediante ofertas concurrentes (fruto del uso ilegítimo y abusivo de informaciones de las que disponían) a resolver sus contratos de prestación de servicios, causando así numerosas bajas en la cartera de clientes de mi representada".

Actos de violación de normas ex art. 15 LCD . Sostiene la actora que las codemandadas han obtenido una ventaja competitiva en el mercado con la violación de las siguientes normas: (i) normas propias de obligaciones y contratos del Código Civil (art. 1.091 CC), al no respetar los pactos de exclusividad y no competencia post contractual; (ii) el art. 21 del Estatuto de los Trabajadoras, al vulnerar los pactos de exclusividad y no competencia post contractual; y (iii) art. 4.2 LOPD , "al utilizar datos de carácter personal de clientes de Mayolas para fines distintos (prospección comercial en interés de Lex Vallès) de aquéllos para los que habían sido recogidos.

Actos contrarios a la buena fe ex art. 4.1 LCD . La demanda aduce que la conducta de las codemandadas se llevó a cabo con mala fe, lo que la subsume en la prohibición de la cláusula general del art 4.1. LCD .

La actora, además, denuncia un incumplimiento contractual de los pactos de exclusividad y de no competencia suscritos con las tres codemandadas.

3. La sentencia, recurrida por la parte actora, desestima íntegramente la demanda por concluir:

Respecto a los actos de confusión (art. 6 LCD), que no hay prueba alguna que acredite que las demandadas actuaran como continuadoras de la actora, en la medida en que los posibles clientes comunes no lo eran de Mayolas en atención a las especificidades que en la gestión ofrecía ésta, sino a la relación de conocimiento y confianza con las demandadas;

Con relación a los actos de engaño (art. 7 LCD), que las demandadas crean una sociedad con nombre diferenciado de la actora con la idea de concurrir en el mercado y para ello utilizan los instrumentos propios



del sector -por ejemplo, la carta de presentación- y no hay omisión de información determinante para el consumidor y no hay elementos de ambigüedad o poca claridad;

En relación con los actos de imitación (art. 11 LCD), además de señalar que los actos que el actor incardina en ese precepto son los mismos que subsume en el art. 6, concluye que no hay elementos que prueben que el modelo de negocio de la actora sea distinguible del de otras empresas del sector y, también, que los clientes no optan por la nueva empresa con base en una imitación de prestaciones sino en una relación de confianza previa;

Respecto a los actos de violación de secretos (art. 13.1 LCD), que no hay secretos dado que no resulta probado que el listado de clientes y los datos estuvieran protegidos de un modo específico y, también, que la relación de clientes la tienen los demandados por su propia actividad profesional y su relación directa con ellos, igual como los datos que permiten su contacto. Además, concluye que la información no tenía un valor intrínseco ya que los trabajos de gestoría y asesoramiento estaban al alcance de cualquier empresa del sector;

En relación con los actos de inducción a la infracción contractual (art. 14 LCD), que, por un lado, no se definen los deberes que los clientes tuvieran con la actora y, de otro, no consta quebrantado ningún plazo ni ningún otro incumplimiento mas allá de la libre decisión de cambiar de gestor y, tampoco, hay prueba de que las demandadas utilizarán medios específicos de la actora, más allá de su experiencia profesional;

Con relación a la infracción de normas (art. 15 LCD), que las normas que la demandante denuncia infringidas no son las referidas en el art. 15 LCD ; esto es, aquellas que afectan a la situación de igualdad inicial de la que han de partir los competidores. Además, respecto de la LOPD, no se ha acreditado que las demandadas se dirigieran a los clientes sino que éstos siguieron a las demandadas y, con relación a los pactos de exclusividad y no competencia post contractual, su infracción no constituye un acto de competencia desleal y ni tan siquiera existe una infracción contractual, dado que dichos pactos se impusieron a las trabajadoras sin contraprestación alguna y no son válidos;

Por último, respecto a los actos infractores del principio de buena fe (art. 4.1 LCD), que, por un lado, no cabe acudir a ese precepto para intentar suplir los problemas de prueba en cuanto a los elementos de otros tipos y, de otro, no se observan actos de expolio o aprovechamiento indebido dado que la clientela se capta con base en una relación de confianza previa ajena a la demandante y no se emplean medios específicos para esa captación.

4. El recurso de apelación formula, en síntesis, las siguientes alegaciones:

Distinción entre hechos y conducta. La sentencia analiza los hechos, pero no atiende a las motivaciones subjetivas y éstas son las que sirven para aglutinar los hechos en una conducta que constituye un supuesto de competencia desleal al amparo del art. 4 LCD . Continúa explicando el recurso que "toda la prueba en su conjunto acredita una mala fe que es precisamente objeto de reproche legal en el citado precepto legal" y que el juez *a quo* realiza una interpretación errónea del art. 4 LCD , ya que este precepto prohíbe una conducta de mala fe *que puede ser apreciada en unos hechos (arts. 15 a 18) o puede, sencillamente, ser apreciada en su conjunto*. Aduce que el art. 4 LCD es una *cláusula de cierre que el legislador ha puesto al principio del Capítulo para destacar la relevancia que la mala fe tiene en este tipo particular de ilícitos. No pone el foco en los hechos aislados, que pueden servir de apoyo o de orientación; pone el foco en la conducta-necesariamente apreciada de forma conjunta-, que debe servir para resolver el pleito*. Sostiene el recurso que *lo relevante es la conducta en su conjunto (art. 4 LCD) más que aquellos hechos concretos que vienen a explicarla (arts. 5 a 18 LCD)*.

Captación de clientela. Se produjo un trasvase de clientes de la cartera de Mayolas a la de Lex Vallès como consecuencia de una conducta de competencia desleal. Un total de 31 de los 47 clientes de Mayolas que dejaron de serlo durante el año 2011, que es cuando las tres demandadas dejaron de trabajar para aquélla, fueron a parar a la cartera de Lex Vallès y alguno de esos clientes pasaron a ser clientes de Lex Vallès SCP cuando las codemandadas todavía prestaban sus servicios para la actora.

Conciencia subjetiva de la comisión de actos de competencia desleal. Las codemandadas eran conscientes de que no podían trabajar con clientes de Mayolas debido a sus compromisos de no competencia.

Error en la valoración de la prueba. Ha resultado probado, mediante la exhibición de libros, el trasvase de clientes y el incumplimiento de los compromisos de no competencia. Además, la prueba pericial informática acredita que la codemandada Carmen utilizó medios informáticos de la actora para hacer competencia a la actora, que la codemandada Genoveva tenía un email con el dominio de Lex Vallès cuando todavía era trabajadora de la actora y que las tres codemandadas colaboraban con Lex Vallès al menos desde el 30 de mayo de 2011. También se acredita que, en el caso del cliente Fruitería Rambla Nova S.L., fueron las demandadas quienes se le dirigieron para ofrecerles sus servicios y no el cliente quien siguió a las



demandadas. Por último, la prueba testifical acreditó que la actora no tenía conocimiento ni consentía que las codemandadas prestaran servicios concurrentes a los de la actora durante su vinculación con ésta.

Validez de las restricciones de exclusividad y no competencia. El recurso no combate la declaración de nulidad del pacto de no competencia post contractual, sino únicamente el pacto de exclusividad que, aduce, no merece ser retribuido para su validez, con arreglo a lo dispuesto en el art. 21 del Estatuto de los Trabajadores, y sostiene que es desleal, conforme a los usos de comercio, prestar unos mismos servicios para unos mismos clientes en nombre de la actora y de Lex Vallès.

Improcedencia de la imposición de costas.

SEGUNDO.- 5. Los siguientes hechos incontrovertidos o acreditados son relevantes para la resolución del recurso:

1º) Mayolas es la sociedad principal de un conjunto de sociedades dedicadas al asesoramiento legal, fiscal y financiero.

2º) La demandada Carmen era la responsable del departamento jurídico, tuvo contrato laboral desde el 1 de mayo de 1994 al 6 de noviembre de 2002, desde noviembre 2002 hasta septiembre de 2006 mantuvo la misma actividad pero por medio de un contrato civil de arrendamiento de servicios, en septiembre de 2006 hasta el 1 de octubre de 2007, estuvo de nuevo vinculada por un contrato laboral y, finalmente, desde octubre 2007 hasta 21 de julio de 2011 por un contrato de prestación de servicios. Coincidiendo con su desvinculación de la sociedad actora, la Sra. Carmen percibió una gratificación complementaria de 20.000 euros.

3º) La demandada Paulina fue contratada por la sociedad actora el 17 de junio de 2003 para la actividad de asesoría fiscal. El contrato era de naturaleza laboral, como auxiliar administrativa, pero asumía funciones en el departamento económico financiero. Con fecha 10 de julio de 2010 fue despedida, extinguiéndose la relación laboral con la actora (documento nº 8 de la demanda, al folio 185).

4º) La demandada Genoveva fue contratada por la actora, mediante un contrato laboral y como técnico de relaciones laborales, el 2 de marzo de 2006. Con fecha 11 de febrero de 2011 fue despedida, extinguiéndose la relación laboral con la actora (documento nº 10 de la demanda, al folio 201).

5º) Las tres codemandadas tenían suscrito con la actora pactos de confidencialidad, exclusividad y no competencia post contractual, sin que se pactaran ni percibieran cantidades o compensaciones retributivas como consecuencia de los compromisos derivados de los citados pactos.

6º) Con fecha 20 de julio de 2011, la actora y la Sra. Carmen suscribieron un acuerdo en virtud del cual se dejaban sin efecto los pactos de no competencia, confidencialidad o cualquier otro que limitara el ejercicio libre de la profesión. El tenor literal del referido pacto es el siguiente: "Sexto: Que ambas partes acuerdan dejar sin efecto cuantos documentos existieren firmados entre las dos partes que hagan referencia a competencia desleal, pactos de no competencia, cláusulas de concurrencia, cláusulas de no concurrencia post contractual, cláusula de confidencialidad, o cualquier otra circunstancia que limitara el ejercicio libre de la profesión".

7º) Con fecha 30 de julio de 2010, la Sra. Carmen constituyó una sociedad civil denominada Lex Vallès Associats, Sociedad Civil Particular (en adelante, SCP) que se publicitaba como asesoría fiscal y jurídica de empresas y que se dio de baja fiscal en enero de 2002.

8º) Con fecha 9 de septiembre de 2011 se inscribió en el Registro Mercantil la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada Lex Vallès Associats, cuyo objeto social es la prestación de servicios a empresas, autónomos y particulares de contabilidad, materia fiscal, económica y financiera, laboral y de otros servicios independientes de asesoría fiscal, contable, laboral y jurídica. Constituyen sus socios fundadores y administradores mancomunados, las tres demandadas.

9º) Es incontrovertido que desde la constitución de la sociedad civil Lex Vallès Associats, la Sra. Carmen asesora a clientes particulares. Lo controvertido es si esta actividad era conocida y consentida por la actora.

10º) Varios clientes de la actora pasaron a serlo de la demandada Lex Vallès Associats, S.L.

11º) La facturación de la actora empezó a reducirse en el año 2008 y ese descenso fue incrementándose hasta el año 2011, en que sufrió un descenso más acusado hasta que, finalmente, en julio de 2011, la actora pasó a integrarse en la sociedad RCM. Reduciéndose también el número de empleados o profesionales desde sus inicios, que se cifraban en 25, hasta el año 2011, que se reducen a 8, y tras la integración o fusión, que quedaron 3 (conforme acredita la prueba testifical, en particular del Sr. Teodoro DVD nº1, minuto 1:08; de la Sra. Aurora, DVD nº 1, minuto 38:49; del Sr. Maximiliano, DVD nº 2, minuto 30, así como la prueba documental consistente en las cuentas anuales de los ejercicios 2008 a 2011 de la actora aportadas como documento nº 24 de la demanda).



TERCERO.- 6. El recurso, como queda expuesto en el anterior fundamento de derecho primero, no combate los pronunciamientos desestimatorios de la calificación de la conducta de las demandadas como actos desleales tipificados en los arts. 6, 11, 13 y 15 LCD. Por el contrario, insiste en subsumir la conducta de las demandadas en el art. 4 LCD. La conducta reprochada por la recurrente es la captación de clientela por las demandadas. En la demanda denuncia que las codemandadas indujeron a clientes de Mayolas a resolver sus contratos de prestación de servicios con ésta, subsumiendo la conducta, sin mucha precisión, en el artículo 14 LCD. El recurso, que ni tan siquiera cita el artículo 14 LCD, insiste en el trasvase de clientes pero no formula alegaciones sobre la concurrencia de los presupuestos de los ilícitos ex art. 14 LCD.

7. El artículo 14 LCD, como recuerda la STS de 23 de mayo de 2007 (Roj: STS 4284/2007), comprende tres modalidades de ilícito competencial consistentes en la inducción a la infracción de los deberes contractuales (ap. 1), la inducción a la terminación regular del contrato (ap. 2) y el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena (figura ésta que se recoge con la anterior en el ap. 2, pero que no se corresponde con la rúbrica del precepto que se refiere a "inducción a la infracción contractual"). La modalidad del apartado uno sólo exige la inducción, en tanto las otras dos modalidades requieren que, además, concorra alguna de las circunstancias que expresa. Con relación al art. 14.1 LCD, la STS de 15 de julio de 2013 (Roj: STS 4498/2013) precisa, [p]ara que un comportamiento pueda subsumirse en este precepto es necesario que la inducción lo sea en relación con la infracción de un deber contractual básico que alguien (el destinatario de la inducción) tiene con un competidor, con independencia de que la inducción tenga o no éxito y provoque la resolución. Lo que es esencial es que la inducción se ejerza sobre el incumplimiento de deberes contractuales básicos, pues si no es así, carece de relevancia a los efectos del art. 14.1 LC. En relación con el art. 14.2 LCD, que contempla dos tipos de conductas distintas, una, la inducción a la infracción contractual, también exige el requisito de la inducción y la otra, un aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, presupone la existencia de una relación contractual entre terceros y, además, que concorra como medio, un engaño que provoque error en el inducido, o, como fin, el de difundir o explotar un secreto industrial o empresarial, o, como propósito, la intención de eliminar a un competidor del mercado -circunstancias sin las que el ofrecimiento de mejores condiciones laborales a trabajadores, comerciales a los clientes, y contractuales a los distribuidores, es plenamente lícito (como expone la STS de 11 de febrero de 2011, Roj: STS 716/2011).

La recurrente no desvirtúa, ni tan siquiera alega, la concurrencia de la inducción (presupuesto de los tipos desleales del art. 14.1 y 14.2, ap. 1 LCD), ni indica cuál es la infracción contractual ajena (presupuesto del tipo del art. 14.2, ap. 2 LCD). Por el contrario, afirma que es lícito que los clientes hayan cambiado de asesoría, no imputándoles ninguna infracción contractual ("No se enjuicia si los clientes podían marcharse de Mayolas ni tampoco si esa marcha estaba justificada. La libertad que los clientes tenían para marcharse hace que lo primero sea totalmente factible y que lo segundo ni tan siquiera deba entrar a debatirse. Lo que aquí se enjuicia es si hubo condicionantes a la marcha de los clientes por parte de las demandadas y si estas podían aceptar los encargo que dichos clientes les realizaban", pág. 17 del recurso). Tampoco alega la inducción, sólo afirma que las demandadas "no podían prestarles sus servicios" y que éstas omitieron "un deber de abstención". Por consiguiente debemos confirmar el pronunciamiento a quo desestimatorio de la concurrencia de los actos de competencia desleal tipificados en el art. 14 LCD, por no concurrir sus presupuestos constitutivos.

8. Es menester, pues, enjuiciar si cabe subsumir en el artículo 4 LCD la conducta denunciada por la actora, conforme sostiene el recurso.

La recurrente insiste en fundamentar la deslealtad del trasvase de clientes en el ánimo subjetivo que movía a las demandadas y en una infracción de los deberes legales que se imponían a las demandadas en virtud de los pactos de no competencia y de confidencialidad.

Con relación al incumplimiento de los deberes legales, el recurso no combate el pronunciamiento a quo de no validez de las obligaciones de no competencia post contractual (fundamentos de derecho 10 y 13), afirmando expresamente que "no serían objeto de reproche los actos que las demandadas hubieran llevado a cabo tras desvincularse de Mayolas" (página 60 del recurso). La apelante, en cambio, insiste en la validez del pacto de exclusividad o no competencia durante la vigencia del contrato, fundamentando su validez en el art. 21.1 del Estatuto de los Trabajadores que, a su juicio, resulta aplicable a los pactos de exclusividad no retribuidos suscritos con las demandadas, y en los usos del comercio (art. 2 del Código de Comercio), que imponen un deber de lealtad y de fidelidad a la codemandada Sra. Carmen impidiéndole compatibilizar la prestación de servicios para la actora y para la entidad Lex Vallès. También insiste en que las demandadas han infringido sus deberes de confidencialidad, por haber utilizado los datos de los clientes para una finalidad distinta y, con base en ello, sostiene que el incumplimiento de ese deber de confidencialidad constituye un acto de competencia desleal. Sin embargo, el recurso no combate el pronunciamiento desestimatorio de la concurrencia de actos de competencia desleal por violación de secretos del art. 13 LCD.



9. El incumplimiento *per se* de un pacto de no competencia o de un pacto de no confidencialidad no es una conducta constitutiva de competencia desleal y, por tanto no puede incardinarse por sí misma en el art. 4 LCD . Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, con relación a los pactos de no competencia, en Sentencia de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000\9201) y esta Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de enero de 2012 (Roj: SAP B 1460/2012).

Esa conducta debe enjuiciarse al amparo de una acción de incumplimiento contractual. En ese ámbito, la sentencia recurrida rechazó la infracción contractual "dado que este tipo de pactos, si no determinan una contraprestación para el trabajador, se consideran nulos tanto en la jurisdicción social como en la civil; si el empleador, que se encuentra en una situación de prevalencia, impone una cláusula de no competencia post contractual sin prever una retribución específica de este sacrificio, la cláusula debe considerarse nula y, por tanto, no aplicarse" (fundamento de derecho 10.5).

Sin perjuicio de la nulidad o validez de los acuerdos de no competencia, debemos rechazar el incumplimiento de los referidos pactos por la demandada Sra. Carmen , ya que el acuerdo de fecha 20 de julio de 2011 dejó sin efecto cualquier restricción contractual al libre ejercicio de su actividad durante y con posterioridad a su vinculación con la actora. Por lo que se refiere a las otras codemandadas, Sra. Paulina y Sra. Genoveva , el recurso no combate el pronunciamiento *a quo* relativo al pacto de no competencia post contractual y sólo formula alegaciones relativas a la validez del pacto de exclusividad o no competencia durante la vigencia de la relación laboral, con base en el art. 21 del Estatuto de los Trabajadores . La prueba obrante en autos no permite concluir, como exponemos en el fundamento de derecho siguiente, que las referidas dos demandadas llevaran a cabo ningún acto concurrente con la actora durante la vigencia de la relación laboral. De lo que debe colegirse la ausencia de infracción contractual.

10. El artículo 4 LCD , antes art. 5 LCD , *permite calificar como desleales conductas no descritas en los demás preceptos de dicha Ley cuando, concurriendo los presupuestos previstos en los artículos 1 a 4, sean contrarias al modelo o estándar en que la buena fe consiste. El artículo 5 de la Ley de Competencia desleal no puede ser utilizado para calificar como desleales conductas que superen el control de legalidad a la luz de los preceptos de la propia Ley específicamente redactados para reprimirlas* (STS 1 de mayo de 2014, Roj : STS 1955/2014).

Como recuerda la citada STS de 15 de julio de 2013 (Roj: STS 4498/2013), la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación del art. 5 LCD , que, en la redacción aplicable al caso (en la actualidad se corresponde con el apartado 1 del art. 4 LCD), prescribe: "se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe". Este precepto "no formula un principio general objeto de desarrollo y concreción en los artículos siguientes de la misma Ley" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre , y 19/2011, de 11 de febrero), sino que "tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de incompetencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, 311/2007, de 23 de marzo, y 1032/2007, de 8 de octubre). Consiguientemente, "esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre , y 48/2012, de 21 de febrero). Pero sin que ello pueda "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 -la del art. 5 LCD -, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedir las" (sentencias 635/2009, de 8 de octubre , y 720/2010, de 22 de noviembre).

La conducta tipificada en este art. 5 LCD es un ilícito objetivo, en la medida en que la deslealtad no se funda en la concurrencia del dolo o la culpa del autor, ni en la finalidad perseguida, sino que ha de configurarse en torno a parámetros objetivos. Y al mismo tiempo, no deja de ser un ilícito de riesgo o de peligro, porque no se hace depender de concretos efectos ocasionados por la conducta enjuiciada, sino sólo de su compatibilidad con las exigencias de la buena fe objetiva.

Por consiguiente, como también ha declarado el Tribunal Supremo, por ejemplo en su sentencia de 15 de diciembre de 2008 (Roj: STS 6676/2008), la cláusula general del art. 5 tiene la función de poder sancionar aquellos comportamientos que el legislador no pudo prever en su momento como desleales, no la de considerar ilícitos los previstos en los arts. 6 a 17 cuando falten algunos de los requisitos exigidos en estos.

Consecuencia de todo ello es que el recurso al art. 5 LCD obliga a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta (STS 24 de noviembre de 2006), sin que baste citar el precepto en los fundamentos de derecho de la demanda (STS 19 de mayo de 2008). Sólo cabe aplicar el artículo 5 LCD cuando se concrete



expresamente el acto que lo infringe y, además, dicho acto no se tipifica en otras normas (SSTS 7 de junio de 2000 y 28 de septiembre de 2005).

11. En el supuesto de autos, como resulta de las propias alegaciones del recurso, no se identifican con claridad las razones en que funda la deslealtad de la conducta denunciada al amparo del art. 4, más allá de afirmar que las codemandadas han actuado de mala fe y con consciencia de realizar actos de competencia desleal. No obstante, de la exposición de los hechos y de los fundamentos de derecho de la demanda podemos considerar que la actora ha incluido entre las razones de la deslealtad de la conducta denunciada (captación o trasvase de la clientela), también, el expolio o aprovechamiento indebido.

12. Como tiene declarado esta Sección 15ª, entre otras, en la sentencia de 9 de febrero de 2012 , citada en la demanda rectora de este proceso, una de las manifestaciones subsumibles en la cláusula general del art. 4 LCD *son los denominados actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, supuestos de utilización de prestaciones o resultados alcanzados por un tercero sin su consentimiento que no se encuentran protegidos por un derecho de exclusiva. Dentro de ese género suelen contemplarse (y así lo hemos estimado en anteriores sentencias) los actos tendentes a la captación de clientela ajena, bien que en la inteligencia de que esa conducta, per se, no es ilícita (antes al contrario, es bienvenida en un sistema de competencia económica), sino en particular, y fuera del caso de que la conducta encuentre acomodo en el art. 14 LCD , cuando la captación se realiza valiéndose de la infraestructura humana y material de la empresa para la que el sujeto agente presta sus servicios laborales, logrando la atracción (desvío) de la clientela hacia otra empresa competidora con abuso de confianza y aprovechamiento de la infraestructura material, contactos y conocimientos que le proporciona la empresa en la que todavía presta sus servicios. Si esa misma conducta (la captación de la clientela) es desarrollada una vez se ha producido la desvinculación de la empresa para la que se venían prestando los servicios, las circunstancias son diferentes, pues entonces nos hallamos ante un competidor independiente que pugna con los demás por la clientela del sector, en el contexto propio y deseable del sistema de libre competencia. En tal situación la conducta de captación de la clientela ajena se tipifica, especialmente, en el artículo 14 LCD , cuya aplicación sería preferente al análisis de la conducta bajo el criterio general del art. 5.*

Como indica la STS 822/2011, de 16 de diciembre (*Roj* : STS 8836/2011), por lo general, la ilicitud se ha apreciado cuando la captación de clientela se produce con anterioridad a la extinción del vínculo laboral. Y la STS de 8 de junio de 2009 (*Roj*: STS 3877/2009) declara de forma expresa que *no hay ilícito cuando la captación de la clientela se produce una vez extinguido el vínculo contractual anterior (S. 24 de noviembre de 2006); y ello es así porque, si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho del 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 .* En particular, la sentencia de 24 de noviembre de 2006 considera que no infringe el art. 5 LCD (actual art. 4.1 LCD) quien abandona una empresa para la que trabajaba, funda otra, capta clientes y vende a precios más bajos, no constituyendo en general secretos empresariales los relativos a la clientela. También la Sentencia de 15 de julio de 2013 *Roj*: 4498/2013): *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. 5 LCD , ni siquiera cuando se aprovecha la experiencia personal y profesional adquirida por la dedicación a igual actividad industrial o comercial. Prevalecen en tales casos la libertad de trabajo y libre iniciativa y de desarrollo de la actividad económica [STS de 3 de julio de 2008 , con cita de las anteriores sentencias de 11 de octubre y 29 de octubre de 1999 y 28 de septiembre de 2005 , 1 de abril de 2002 , 14 de marzo de 2007 y 23 de mayo de 2007] . Añade que, a pesar del importante valor económico de la clientela, 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 medios lícitos(STS de 3 de julio de 2008 , con cita de la anterior Sentencia de 24 de noviembre de 2006).*

13. Pues bien, aplicando la anterior doctrina al supuesto de autos, resulta que, tras rechazar la concurrencia de la deslealtad al amparo del art. 14 LCD , debemos enjuiciar si el trasvase de clientes de la actora a la entidad demandada se ha realizado (i) durante la vigencia de la relación laboral o de prestación de servicios de las demandadas en la entidad actora y (ii) con aprovechamiento del esfuerzo de aquella o, en otras palabras, valiéndose de la infraestructura material y humana de la actora.

Por consiguiente, es relevante para enjuiciar la deslealtad al amparo del artículo 4 LCD determinar si el trasvase de clientes es posterior a la extinción de la relación laboral o profesional de las demandadas con la actora.

A esos efectos, debe significarse que es un hecho incontrovertido que la entidad demandada Lex Vallès fue constituida con fecha 9 de septiembre de 2011, esto es, con posterioridad a la extinción de la relación laboral de las Sras. Paulina y Genoveva y de la relación de prestación de servicios de la Sra. Carmen con la entidad



actora. Por el contrario, es también un hecho incontrovertido que la SCP fue constituida durante la vigencia de los vínculos laborales o profesionales de las demandadas con la actora. Ahora bien, no ha resultado probado en autos la vinculación de todas las demandadas con la referida sociedad sino, únicamente, la de la Sra. Carmen , ni, tampoco, que las otras dos codemandadas realizaran actos de desvío de los clientes hacia esa sociedad o que las vinculen con su actividad durante el año y medio que estuvo activa. Así lo concluyó la sentencia recurrida (fundamento de derecho 15) y no lo ha desvirtuado el recurso, que, para acreditar la vinculación, alega una serie de documentos que son de fechas posteriores a la desvinculación de las Sras. Genoveva y Paulina de la sociedad actora, en particular: un borrador de fecha 22 de julio de 2010 del modelo 036 en el que aparece el nombre de la Sra. Paulina y un *email* desde la cuenta de la Sra. Genoveva (DIRECCION000) de fecha 30 de mayo de 2011 (acompañados como *evidencias números 1 y 9* del dictamen pericial, a los folios 279 y 280). Constan también en autos los documentos de la constitución de la sociedad SCP (escritura de constitución y el modelo 036), que acreditan que sus socios eran la demandada Sra. Carmen y la Sra. Enriqueta (documentos nºs 15 y 16 de la contestación a la demanda, al folio 128 y 130 del tomo III).

Es así que debe concluirse la no concurrencia de las circunstancias necesarias para apreciar el ilícito concurrencial del art. 4 LCD , porque éste no se produce por el hecho de pasar a trabajar o constituir una empresa de la misma actividad comercial tras extinguirse la relación laboral con la empresa anterior cuando, como es el caso de autos, no se han apreciado irregularidades en la captación de la clientela.

14. El enjuiciamiento al amparo del art. 4 LCD debe limitarse, pues, a la Sra. Carmen , que llevó a cabo una actividad concurrente a la de la actora estando vigente su relación de prestación de servicios con la actora. Pero ello no es suficiente para concluir la deslealtad de su comportamiento, siendo necesario, además, que haya captado/desviado la clientela de la actora valiéndose de los medios de ésta.

La valoración de la prueba nos lleva a la misma conclusión que el Sr. magistrado *a quo* : no se observan actos de expolio o aprovechamiento.

La conclusión que realizamos se fundamenta en las siguientes razones: primera, el trasvase de clientela se realiza con base en una relación de confianza previa, ajena a la demandante y, además, no se ha acreditado que la demandada desviara a los clientes, sino que éstos dejaron a la actora para seguir a los profesionales que eran de su confianza y/o por estar descontentos con el servicio prestado por la actora. Segunda, es un hecho acreditado en la primera instancia, y que no ha desvirtuado el recurso, que la Sra. Carmen , a través de la sociedad civil, prestaba, con el conocimiento de la actora, un asesoramiento puntual a esos clientes.

En efecto, en primer lugar, la recurrente afirma que un total de 12 clientes dejaron de contratar los servicios de la actora para pasar a contratar los servicios de SCP. Pero un análisis de la prueba practicada acredita que cuatro de los referidos clientes (Beside Solutions SL, Togifood SL, Volart Rovira SL, y Martin) contrataron los servicios de SPD cuando la Sra. Carmen ya no prestaba sus servicios para la actora (conforme resulta de las facturas aportadas como documento nº 22 de la contestación a la demanda, al folio 179 del Tomo III, y de los oficios obrantes en autos al folio 162, 163, 201, 326, 339); y que los 8 clientes restantes estaban unidos a la Sra. Carmen o a las otras codemandadas por vínculos familiares o de amistad personal. En particular, (1) el cliente Sr. Carlos Miguel era cliente de la actora por la relación de amistad que le unía con la Sra. Genoveva y, tras el despido de ésta, contrató los servicios de SCP en abril de 2011; (2) los clientes y cónyuges Sra. Araceli y Sr. Cosme , tenían una relación de confianza con la Sra. Carmen ; (3) el representante legal del cliente Patricalde, S.L. tenía una relación de amistad con la Sra. Carmen ; (4) el representante del cliente Matrius Anca, S.L., sociedad familiar, mantiene, junto con su familia, una relación de amistad con la Sra. Carmen y con una empleada de SCP; (5) el cliente Baor Rep Mant, S.L. contrató los servicios de la actora por la relación familiar que tenía con la Sra. Genoveva y, cuando ésta fue despedida, contrató en abril de 2011 los servicios de SCP (conforme resulta de los oficios obrantes en autos, a los folios 159, 176, 177, 183, 327, 329, 408 del Tomo IV).

En segundo lugar, consideramos acreditado que era conocido por la actora que la demandada Sra. Carmen desarrollaba la misma actividad en un despacho propio en Granollers. La propia naturaleza de la relación profesional que vinculaba a la Sra. Carmen al tiempo de concurrir las conductas denunciadas, que no era laboral, como sí lo había sido con anterioridad, sino un contrato civil de prestación de servicios, y la prueba testifical practicada, nos permite concluir que ello era conocido por la empresa, los trabajadores y, en particular, por el administrador de la entidad actora y principal accionista, el Sr. Mariano . Así resulta concretamente y con claridad de las declaraciones del Sr. Teodoro (DVD nº 1, minuto 00:50), Sra. Zaira (DVD nº 1, minuto 00:34), Sr. Luis Enrique (DVD nº 2, minuto 00:52), además, de la prueba documental que acredita que era conocido por la actora que en el año 2006 la demandada compatibilizaba su trabajo en Mayolas con el que desarrollaba en su despacho particular por las tardes (email de fecha 11 de mayo de 2006, acompañado como documento nº 6 de la demanda).



Por último, la demandada no desvió los clientes empleando medios de la actora, sino que fueron los clientes quienes se dirigieron a la SCP por los lazos de amistad o de familia que les unía con la Sra. Carmen y, en particular, con las otras dos codemandadas que, una vez, desvinculadas éstas de la actora los clientes también dejaron de solicitar los servicios de la sociedad actora. La recurrente aduce que el juez *a quo* no valoró la prueba relativa al cliente de la actora Fruiteria Rambla Nova, S.L., quien no contrató los servicios de la entidad demandada a pesar de que la Sra. Genoveva le ofreció los servicios y, por tanto, a pesar de haberse dirigido la demandada directamente a ese cliente para captarlo, sin que mediara entre ellos relación de amistad o familiar. Debemos significar que la referida prueba no contradice lo antes expuesto, y también concluido en la sentencia recurrida, por cuanto esa actuación de las demandadas aconteció tras la extinción de sus relaciones laborales y profesionales con la actora (conforme acredita el email de fecha 31 de agosto de 2011, acompañado como documento nº 25 bis de la demanda).

15. Todo ello, nos lleva a concluir que las demandadas no han captado los clientes de la actora valiéndose de los medios o esfuerzo de ésta y, con base en ello, debemos rechazar que hayan incurrido en actos de competencia desleal al amparo del art. 4 LCD .

CUARTO.- 16. La íntegra desestimación del recurso de apelación y, con él, de la demanda, y sin que este tribunal haya apreciado serias dudas de hecho y de derecho, conlleva que se impongan las costas causadas en la primera y segunda instancia a la entidad Mayolas Assessors d'Empreses, S.L., conforme a lo establecido en los arts. 394.1 y 398.1 LEC .

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Mayolas Assesseors D'Empreses, S.L. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de fecha 22 de enero de 2014 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que CONFIRMAMOS, con expresa imposición a la parte apelante de las costas de la segunda instancia.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, a los efectos pertinentes.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.