



Roj: **SAP M 17657/2015 - ECLI:ES:APM:2015:17657**

Id Cendoj: **28079370282015100299**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **18/12/2015**

Nº de Recurso: **707/2013**

Nº de Resolución: **372/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0013008

Recurso de Apelación 707/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 01 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 560/2010

Apelante: MARVI-2000, S.L. EN LIQUIDACION

PROCURADOR D./Dña. DOMINGO JOSE COLLADO MOLINERO

Apelado: D./Dña. Benedicto

PROCURADOR D./Dña. OLGA ROMOJARO CASADO

D./Dña. Constantino

PROCURADOR D./Dña. ANTONIO RAMON RUEDA LOPEZ

### **SENTENCIA nº 372/2015**

En Madrid, a 18 de diciembre de 2015.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados D. Enrique García García, D. Alberto Arribas Hernández y D. Pedro María Gómez Sánchez, ha visto el recurso de apelación bajo el número de rollo 707/2013, dimanante del proceso número 560/2010 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid.

Ha sido parte en el recurso, como recurrente, MARVI 2000 SL, en liquidación, representada por el Procurador D. Domingo José Collado Molinero y defendida por el Letrado D. José Manuel Mira Bustingorri y como recurridos, D. Constantino y D. Benedicto, representados, el primero, por el Procurador D. Antonio Ramón Rueda López y el segundo, por la Procuradora D<sup>a</sup>. Olga Romojaro Casado, y defendido además el segundo por el Letrado D. Guillermo Jiménez García.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante escrito de demanda presentado el 22 de julio de 2010 por MARVI 2000 SL, en liquidación, contra D. Constantino y D. Benedicto, en el que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba al juzgado que dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"..se dicte sentencia por la que estimando la demanda:

A).- Se declare que han existido actos de competencia desleal por los demandados.



B).- Se condene D. Constantino a abonar a mi representada la cantidad de ciento dos mil ochocientos trece euros con setenta y un céntimos (102.813,71€) que es la cantidad abonada por mi representada por la relación laboral durante los años 2008 y 2009 con el demandado por los conceptos que figuran en el hecho octavo.

C).- Se condene a D. Benedicto a abonar mi representada la cantidad de ochenta y un mil setecientos sesenta y seis euros con ochenta y tres céntimos (81.766,83€) que es la cantidad abonada por mi representada por la relación laboral durante los años 2008 y 2009 con el demandado por los conceptos que figuran en el hecho octavo.

D).- Se condene a D. Constantino y D. Benedicto, solidariamente, a abonar a mi representada la cantidad de doscientos sesenta y dos mil novecientos sesenta y tres euros con ochenta y tres céntimos (262.963,83 €), que es la cantidad facturada por Rehabilitaciones Davicla S.L. durante los años 2008 y 2009, en perjuicio de mi representada, conforme a los Docs. Nums.19 y 20.

E).- Todo ello con expresa imposición de costas a los demandados".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid dictó sentencia con fecha 14 de marzo de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por MARVI 2000, S.L EN LIQUIDACIÓN, contra D. Constantino, y D. Benedicto con expresa condena en costas de la parte actora".

TERCERO.- La entidad MARVI 2000 SL, en liquidación, interpuso recurso de apelación contra la meritada sentencia, el cual fue admitido a trámite por el juzgado y tras ello se opusieron a él las contrapartes. La remisión de los autos ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido su tramitación con arreglo a los de su clase. La deliberación, votación y fallo del asunto se celebró el día 17 de diciembre de 2015.

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

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El núcleo del reproche de deslealtad contenido en la demanda lo era que los demandados, D. Constantino y D. Benedicto estaban dados de alta como empleados laborales de MARVI 2000 SL (además de ser ambos socios de esta entidad y el segundo de ellos, asimismo, administrador único de la misma) habrían actuado de modo desleal, durante los años 2008 y 2009, puesto que habrían traspasado clientes y proveedores desde aquélla a favor de REHABILITACIONES DAVICLA SL, entidad constituida a finales del 2007, por ambos demandados, socios al 50% de la misma, con un objeto social coincidente con el de la actora, lo que habría perjudicado los intereses de ésta hasta el punto de que en noviembre de 2009 los socios de MARVI 2000 SL decidieron que ésta había llegado a una situación económica tal que exigía su disolución, lo que formalizarían mediante un acuerdo de junta fechado a 7 de enero de 2010.

La entidad demandante aspiraba a que se condenase a los mencionados demandados a pagarle una indemnización de daños y perjuicios que comprendiese los siguientes conceptos: 1º) un importe igual al que les había satisfecho por la relación laboral (que comprendía salario bruto, cotización a la Seguridad Social a cargo de la empresa e indemnización por extinción) que había mantenido con ellos en 2008 y 2009 (y que se traducía en 102.813,71 en el caso del Sr. Constantino y 81.766,83 euros en el del Sr. Benedicto); y 2º) otro importe igual a la total facturación efectuada por REHABILITACIONES DAVICLA SL durante los años 2008 y 2009 (que según la cifra de negocios que reflejan las cuentas depositadas en el Registro Mercantil, fue, en cada uno de dichos ejercicios sociales, de 135.897,62 y 127.066,21 euros).

El soporte jurídico de su demanda se fundaba en la imputación a los demandados de la comisión de un ilícito concurrencial subsumible en 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).

La falta de éxito de su iniciativa procesal en la primera instancia ha provocado el recurso de apelación por parte de MARVI 2000 SL, que insiste en sus planteamientos conforme a los alegatos que vamos a ir abordando en cada uno de los siguientes fundamentos de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- La parte recurrente critica en su recurso el empleo en la sentencia apelada de la expresión "sin mayores concreciones" cuando el juez explicaba lo que consideraba el objeto de la pretensión de la parte actora. Se trata, sin embargo, en opinión de este tribunal, en función del contexto donde la misma se enmarca, de un puro recurso retórico, que no implica ningún tipo de descalificación al planteamiento de la parte



demandante, ya que el juzgador explicita que es consciente de que el núcleo del comportamiento tachado de ilícito lo era el reproche por haber constituido los demandados una nueva sociedad para dedicarse al mismo objeto social del de era el propio de la empresa para la que todavía estaban prestando sus servicios laborales. Y más adelante se muestra también consciente de que el problema planteado es si los demandados se habían aprovechado de su relación con MARVI 2000 SL para desviar clientes desde ésta a favor de REHABILITACIONES DAVICLA SL. El juez se inclina finalmente por proporcionar una respuesta negativa al enjuiciar la conducta calificada de desleal porque consideró que los demandados no se prevalieron de tal situación para perjudicar a MARVI 2000 SL, sino que, al contrario, obraron con la condescendencia de los socios de ésta. La demanda no fue desestimada porque el juez la considerase defectuosa en sus planteamientos, sino, a la vista de la prueba practicada, falta de fundamento para sustentar el reproche de competencia desleal.

TERCERO.- En su segundo motivo de recurso la apelante parece criticar las citas jurisprudenciales que se efectúan en la resolución apelada a propósito de las conductas de captación ilícita de clientela. La recurrente considera que los casos citados no se corresponden con los hechos de su demanda.

En nuestra opinión, la recurrente carece de motivo para criticar la sentencia por este motivo, pues en esta parte de la misma lo único que hacía el juez era citar precedentes de invocación jurisprudencial de 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 ) para tratar de enmarcar la aplicabilidad de la norma a los casos de desvío desleal de clientela o proveedores.

CUARTO.- La recurrente hace hincapié en que el demandado D. Constantino habría infringido la normativa societaria (en concreto el artículo 65 de la LSRL , el artículo 230.1 del TRLSC y el artículo 11 de los estatutos sociales de MARVI 2000 SL) al haberse dedicado, de modo paralelo, a una actividad análoga a la que constituía el objeto social de MARVI 2000 SL, sin haber obtenido antes una autorización expresa que debería haberle otorgado la junta general de dicha entidad.

Este reproche de infracción de la normativa societaria supone un alegato nuevo sobre lo que se expuso en la demanda, donde ni se invocaba dicha regulación ni se enfocaba el problema como el del incumplimiento por parte del mencionado demandado de los deberes propios del cargo de administrador social.

No cabe confundir el régimen social de desempeño del cargo de administrador con el propio de la competencia desleal. Puede haber situaciones en las que el comportamiento de un sujeto pueda ser censurado desde el punto de vista de ambas regulaciones, pero en otros no. De manera que no cabe invocar en apelación la aplicación de un régimen jurídico distinto de que se adujo en la demanda. El cumplimiento o no de las formalidades propias del régimen societario no constituía título de imputación en la demanda, por lo que tampoco puede serlo aquí.

Este tribunal debe remarcar que no resulta admisible que la parte recurrente pretenda suscitar en apelación cuestiones nuevas que debieron formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba, ya que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 456.1 ) acoge un modelo de segunda instancia limitada o "revisio prioris instantie". Aunque el recurso de apelación permite al tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas inicialmente, tanto en lo que se refiere a los hechos (questio facti) como en lo relativo a los problemas jurídicos oportunamente deducidos (questio iuris) dado que ello se opone al principio general "pendente appellatione nihil innovetur".

No se trata de un formalismo retórico o injustificado, sino que es una regla que entronca con la esencia de recurso de apelación. La pretensión que se haga valer en segunda instancia ha de coincidir con la planteada en la primera. El tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el juez conforme a lo que la Audiencia Provincial entienda que era la solución jurídicamente correcta. Por no ser un nuevo proceso, las partes no pueden pretender articular pretensiones nuevas o solicitudes no deducidas oportunamente en aquella. No solo no cabe modificar el objeto de las actuaciones de manera improcedente respecto de la primera instancia sino que tampoco cabe convertir la apelación en un juicio nuevo. Declara al efecto la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005 que: "Es cierto que, por el respeto debido a la congruencia, la preclusión y la contradicción, en cuanto principios informadores del proceso civil, la jurisprudencia rechaza, como nuevas, las cuestiones planteadas después de la fase procesal destinada a definir el objeto del proceso, en la primera instancia. Así lo declaró esta Sala en las Sentencias invocadas en el motivo. Concretamente, en la de 15 de abril de 1991 se definieron las cuestiones nuevas como aquellas que debieron formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba...".

Nos encontramos en el presente caso, al apuntarse por la parte recurrente a unos términos del debate que exceden de lo cuestionado en la primera instancia, ante un planteamiento novedoso, cuya posibilidad está



proscrita, según se deduce de la previsión del artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la luz de los principios procesales antes expuestos. Hay que tener presente que la jurisprudencia (entre las más recientes, SSTs. 95/2007, de 30 de enero y 1010/2008, de 30 de octubre) ha señalado que el concepto de pretensiones nuevas comprende no sólo las que resulten totalmente independientes de las planteadas en tiempo y forma (lo que excluye, de entrada, las variaciones que ya entonces hubieran sido extemporáneas) ante el tribunal "a quo", sino también las que suponen cualquier modo de alteración o de complemento de las mismas.

Ha de prevalecer la regla procesal de que no es admisible mutar el objeto del proceso establecido en la demanda (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2010). Hemos de subrayar que rige en el proceso civil la prohibición de cambiar el objeto del proceso, una vez que ya se ha conformado en la fase alegatoria del mismo (artículos 399, 400 y 412 de la LEC), a fin de no sorprender al contrario y ocasionarle indefensión si se cambiasen argumentos en fases posteriores del litigio. Así, como se desprende del artículo 426 de la LEC, al realizar alegaciones complementarias en la audiencia previa o aclarar las previamente realizadas en la fase alegatoria lo que ya no podría hacerse es alterar sus pretensiones ni tampoco los fundamentos en que se sustentaban éstas. Por lo que ni mucho menos podría pensarse en la posibilidad de introducir en fases posteriores del proceso nuevos alegatos ni pretensiones. No resulta, por lo tanto, admisible suscitar en apelación cuestiones nuevas que debieron formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba. Esto último es, sin embargo, lo que estaría tratando de hacer aquí la recurrente, lo cual no le puede ser permitido por este tribunal porque supondría quebrar las reglas del juego limpio procesal que son una garantía preestablecida en beneficio de ambas partes. Basta con la constatación de que se está pretendiendo incurrir en tal maniobra procesal para que este tribunal tenga que rechazar dicho motivo de recurso.

QUINTO.- La recurrente vuelve a insistir en su cuarto motivo, aunque esta vez pretenda apoyarse en cita de precedentes jurisprudenciales, en la invocación de los preceptos societarios antes referidos para concluir que la ausencia de autorización explícita por parte de la sociedad, en sede una junta general, para que pudiera constituir una sociedad que tuviera el mismo objeto social que aquella, justificaría la estimación de su demanda.

Nos remitimos a lo señalado en el fundamento precedente para que pueda comprenderse la inviabilidad de este motivo de recurso. En las citas del recurrente se entremezclan precedentes relativos al marco del derecho societario con otros referentes a la apreciación de ilícitos concurrenciales, lo que ya hemos dicho que no resulta adecuado. En el caso de vulneración de la normativa societaria los presupuestos de la conducta infractora y las consecuencias ligadas a la misma (cese del administrador - art. 230 del TRLSC-, responsabilidad exigible al mismo- art. 236 del TRLSC-, etc) no son necesariamente coincidentes con los de la apreciación de un ilícito concurrencial, por lo que si el pleito se planteó en el ámbito de este último a ello debería atenerse la demandante, que fue la que eligió ese campo de juego.

SEXTO.- La recurrente retoma el hilo argumental y enfoque jurídico de su demanda al sostener en el quinto motivo de su recurso que lo que debería haberse apreciado en este caso, y la sentencia apelada erróneamente no habría aplicado, fue la comisión de un ilícito concurrencial por parte de los demandados, porque mientras estos todavía prestaban servicios laborales para MARVI 2000 SL, y cobraban de ésta sus nóminas, constituyeron otra entidad mercantil para similar objeto y realizaron trabajos a través de ella para los mismos clientes de aquélla, situación ésta que se habría prolongado a lo largo de dos años (2008 y 2009).

La almendra de este litigio se encuentra, en efecto, según considera este tribunal, en si podría considerarse que los demandados 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 en favor de REHABILITACIONES DAVICLA SL, proveniente de MARVI 2000 SL, 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 1ª 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 1ª 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 arrebatar 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.

Como el Derecho de la competencia desleal ya no se concibe tanto como un instrumento dirigido a resolver conflictos entre los competidores sino más bien de ordenación y control de las conductas en el mercado, no basta el simple hecho de constatar un desplazamiento de clientela, sino que este hecho debe ser comprendido en su contexto correspondiente, a fin de poder entender si resulta suficiente para soportar un reproche de deslealtad por infracción de la cláusula general.

Está constatado que en el presente caso, a finales de 2007, mientras los demandados todavía estaban vinculados a MARVI 2000 SL, constituyeron otra sociedad, REHABILITACIONES DAVICLA SL, para dedicarse al mismo tipo de negocio que era el propio de aquella (la construcción) y durante los años 2008 y 2009 la actividad de la misma consistió, al menos en buena parte, en realizar obras para clientes comunes con MARVI 2000 SL (como el Hospital Clínico San Carlos, el IES Beatriz Galindo, los Agustinos Recoletos, Caribe Music y Aruca Fernández).

Este comportamiento podría considerarse desleal si el mismo se hubiese hecho a espaldas de MARVI 2000 SL y a costa de los medios de ésta para reducir los esfuerzos que de otro modo hubieran tenido que invertir y desplegar REHABILITACIONES DAVICLA SL. Sin embargo, las peculiares circunstancias del presente caso permiten alcanzar la conclusión de que ese desplazamiento de clientela producido entre ambas entidades no respondió precisamente a una previa sustracción ilícita de la misma, por lo que, como explicaremos seguidamente, no podemos considerar que los demandados incurriesen en actos de expolio ni de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, ni para obstaculizar el despliegue de su actividad por parte de MARVI 2000 SL ni mucho menos entrevemos un plan preconcebido para hundir o desequilibrar a ésta.

Tras el análisis del material probatorio aportado a las actuaciones compartimos el diagnóstico de la situación que efectuó el juez en la primera instancia. El desempeño de su actividad por parte de los demandados a través de otra empresa era una conducta que no sólo se conocía y se toleraba en el seno del sustrato social de MARVI 2000 SL, sino que incluso llegó a obtener el beneplácito de otros socios, lo que reviste extraordinaria importancia en una entidad de reducido sustrato social como lo era ésta, de la que sólo formaban parte seis socios, dos de ellos los propios demandados, además del padre de uno de ellos (D. Juan Antonio ) y otras tres personas (D. Jesus Miguel y D. Andrés , que eran todavía partícipes al tiempo de la demanda y D. Bernabe , que dejó de serlo con anterioridad). No puede construirse un reproche de deslealtad cuando la situación era conocida y consentida en el seno de la entidad afectada, que era la única que podría haber resultado perjudicada por la paralela actividad de los demandados

Los demandados operaron desde la sede administrativa física común de ambas entidades, las oficinas sitas en la calle Aranjuez n º 25 de Madrid, pero no lo hicieron de forma subrepticia o encubierta, sino pública. No



podían desconocerlo los socios de MARVI 2000 SL, como los señores D. Jesus Miguel y D. Andrés , que reconocieron acudir allí a periódicas reuniones, si en el portal (buzón y portero electrónico) se reflejaba la coincidencia de dichas sociedades en esa sede (así lo confirmó con su testimonio el propietario del local, D. Juan Antonio , a cuya declaración nos referiremos más adelante al mencionar otros aspectos de la misma). Es más, como declararon en la vista del juicio los proveedores, D. Felix (servicios de climatización, fontanería y protección contra incendios) y D. Herminio (servicios de pintura), testigos de cuya imparcialidad no tenemos motivos objetivos para dudar, el socio de MARVI 2000 SL, D. Jesus Miguel , miembro del bloque social ahora enfrentado a los demandados, era perfecto conocedor, porque asistió a reuniones en las que ese asunto se trató, de que mediaban acuerdos con los gremios que eran subcontratados para que determinados trabajos se facturaran a REHABILITACIONES DAVICLA SL y no a aquélla.

Dichas testificales son coincidentes con la declaración prestada por el otro socio de MARVI 2000 SL, D. Constantino , que precisamente por razón de tal congruencia con otros testimonios debe ser valorada como sincera, pese a su condición de padre de uno de los demandados. Dicho testigo expuso que los socios D. Jesus Miguel y D. Andrés , que son los liquidadores de MARVI 2000 SL que impulsan la demanda iniciadora del presente proceso, estaban al tanto de la constitución de REHABILITACIONES DAVICLA SL, como instrumento para que los socios más jóvenes empezasen a encauzar su actividad de cara al futuro, y que en las reuniones en las que aquellos intervinieron se habló de la distribución de facturación que se hacía entre las entidades MARVI 2000 SL y REHABILITACIONES DAVICLA SL.

Es cierto que no consta por escrito que mediase autorización a los demandados para obrar de ese modo. Pero es que, como reconoció al ser interrogado al respecto en el acto de juicio el representante legal de MARVI 2000 SL, D. Andrés , en esta entidad nunca se levantaba acta escrita de las reuniones de socios, sin perjuicio de lo cual se adoptaban acuerdos verbales. Es más, existen precedentes en el seno de la propia MARVI 2000 SL en la que, aun no existiendo autorización por escrito, se ha permitido que el administrador pudiera serlo de dos entidades en posición de concurrencia, como ocurrió en el caso de D. Bernabe , que desempeñó en el pasado simultáneamente la condición de administrador en las entidades VAPIA SA y MARVI 2000 SL, pese a la sustancial coincidencia en sus objetos sociales. Por lo tanto, no puede ser ese el obstáculo para no considerar admitida la práctica consistente en que REHABILITACIONES DAVICLA SL, tras su creación a finales de 2007, a impulso de personas vinculadas a MARVI 2000 SL, se hiciese cargo de determinados trabajos en 2008 y 2009. Es más, la dinámica de compartir tareas en obras por ambas entidades resulta poco propicia para advertir al empleo de maniobras subrepticias propias de la competencia desleal en las que ordinariamente se buscaría desplazar al competidor para ocupar su lugar en lugar de compartir su esfuerzo para tareas de menor significación cuantitativa (como se desprende del volumen de facturación de REHABILITACIONES DAVICLA SL en el período que concierne a este litigio).

Es importante remarcar que si, por las razones que fuese, se consideró entonces en el seno de MARVI 2000 SL que la operativa de los demandados a través de REHABILITACIONES DAVICLA SL no implicaba una contraposición con los intereses de aquélla, no hay demasiado margen para soportar la imputación de deslealtad sustentada en la demanda, pues no mediaría actuación contraria a la buena fe por parte de los demandados. El juego de las sinergias, distribución de tareas, políticas de facturación, etc, son razones empresariales legítimas que pueden explicar la operativa a través de una pluralidad de empresas.

Porque hay que contextualizar bien los hechos para comprender su significado real. El descenso en la facturación sufrido por MARVI 2000 SL en 2008 y 2009 (que en esos dos ejercicios acumuló una bajada, con respecto al cierre de 2007, de alrededor de un millón setecientos mil euros) no guarda correspondencia con la entidad de la facturación de REHABILITACIONES DAVICLA SL, que fue relativamente modesta en 2008 y 2009 (de 135.897,62 y de 127.066,21 euros, respectivamente). Estas cifras resultan compatibles con el hecho de que ésta sólo facturase por trabajos concretos que le fueran derivados cuando así interesase, como han sostenido los demandados que se hacía. No fue sino hasta el cierre del ejercicio 2010, cuando ya hacía un año que los demandados habían dejado de pertenecer a la plantilla de MARVI 2000 SL (ambos fueron despedidos por causas objetivas con fecha 30 de noviembre de 2009 y efectos desde el 30 de diciembre siguiente y además el Sr. Constantino cesó, por esa misma época, en su cargo de administrador, en concreto, el 7 de enero de 2010) e incluso en un período en buena parte ya posterior a la interposición de la demanda, cuando se constata en REHABILITACIONES DAVICLA SL un incremento relevante en su facturación, también compatible con el hecho de que entonces los demandados ya hubieran podido centrar sus esfuerzos en la misma y obviamente, al margen de un posible reproche de deslealtad. Porque, tras salir de la empresa precedente, estaban en su pleno derecho de servirse de su conocimiento del sector para competir, a pleno rendimiento, con aquélla.

SÉPTIMO.- En el siguiente motivo de recurso la apelante considera irracionales las conclusiones alcanzadas por el juzgador al valorar la prueba practicada en el seno de este proceso.



Ya hemos explicado que este tribunal, comparte, sin embargo, el juicio contenido en la sentencia apelada. No vamos aquí a incurrir en una reiteración de lo que hemos expuesto en los fundamentos precedentes.

Basta con añadir aquí que nada irregular deducimos en contra de los demandados del testimonio del arquitecto D. Victoriano , que efectuó los proyectos para la ampliación de la Residencia de la Congregación de Religiosas Misioneras de Jesús, María y José, por acuerdo con la propiedad de dicho inmueble, y que luego constató como, ya en 2010, fuera por lo tanto del período que nos interesa, el encargo para la ejecución de las obras fue encomendado por la referida orden religiosa a REHABILITACIONES DAVICLA SL. Hemos de decir a este respecto que aunque MARVI 2000 SL pudiera haber albergado en algún momento pretérito la expectativa de ser ella la que resultase la adjudicataria de la ejecución de esta obra, no parece viable que hubiera podido conseguirlo a la vista de que a primeros de 2010 se había decidido su disolución. Por otro lado, si REHABILITACIONES DAVICLA SL hubiera conseguido la adjudicación, cuando los demandados ya no estaban integrados como trabajadores ni con cargo alguno en MARVI 2000 SL (como confirmó la testigo D<sup>a</sup>. Apolonia , monja misionera de dicha congregación, el contrato lo firmaron en septiembre de 2010), la actuación concurrencial resultaba legítima, porque el cliente era libre de elegir entre las diversas ofertas existentes en el mercado, sin que pudiera estar preso de pretéritas relaciones con la demandante (como las que, en efecto, en otras ocasiones había mantenido MARVI 2000 SL para dicha orden religiosa entre 2006 y 2009, mediante la realización de otros diferentes trabajos).

Es cierto que se ha mencionado la existencia de un presupuesto confeccionado para esta obra por parte de REHABILITACIONES DAVICLA SL datado en mayo de 2009, pero aparte de que ese hecho no se aducía en la demanda como motivo de la misma, por lo que resultaría procesalmente complicado fundar en él la estimación del recurso, estaríamos hablando de una actuación que, según el testimonio de D<sup>a</sup>. Apolonia , representante de la orden religiosa a la que venimos refiriéndonos, no habría tenido trascendencia hasta noviembre de 2009, que es cuando se hizo llegar el mismo a las monjas, lo que prácticamente coincide con la época en que los demandados son despedidos, por causas económicas, de la entidad MARVI 2000 SL, por lo que debían actuar para ganarse la vida en el futuro por sus propios medios. Además, por entonces ya se había alcanzado entre los socios de MARVI 2000 SL el acuerdo de disolverla (en la propia demanda, en su página 2, epígrafe tercero, se refiere a una reunión celebrada en noviembre de 2009, en la que ya se decidió la disolución de la sociedad MARVI 2000 SL), que luego simplemente se formalizaría, para cumplir los trámites legales y registrales, en los primeros días de enero de 2010. En ese contexto es claro que no podemos entender la actuación de los demandados como realizada en competencia desleal para con la sociedad demandante. La jurisprudencia ( sentencias de la Sala 1<sup>a</sup> del TS de 11 de octubre de 1999 , 24 de noviembre de 2006 , 14 de marzo de 2007 y 25 de febrero y 8 de junio de 2009 ) ha señalado que la posibilidad de cambiar de trabajo y de aprovechar en el nuevo el bagaje de experiencia y conocimiento profesional adquirido en el anterior empleo es un derecho del trabajador con anclaje en el artículo 35.1 de la Constitución (derecho a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción a través del trabajo) y en el artículo 38 del mismo texto constitucional (libertad de empresa). Es más, resultaría perfectamente legítima la actuación del que estando al corriente del desenvolvimiento y la suerte de las relaciones jurídicas que entablaba su anterior empresario con terceros hubiese podido luego procurar el desvío de esos sujetos hacia el ámbito de actuación de la nueva empresa, lo que resultaría lícito e incluso entroncaría de forma intrínseca con las reglas del juego concurrencial.

OCTAVO.- La apelante dedica su séptimo motivo de recurso a la indemnización de daños y perjuicios a cuyo pago considera que debería haber sido condenada la parte demandada.

Sólo tenemos que decir que rechazada la imputación del ilícito concurrencial que sostenía la parte demandante-apelante, no resulta procedente la asignación de consecuencia resarcitoria alguna por esa causa. La acción indemnizatoria de daños y perjuicios que prevé el artículo 32.1.5º de la LCD (correspondiente con el antiguo artículo 18.5ª de la LCD , que la cita de la recurrente, en su redacción anterior a la reforma por Ley 29/2009, de 30 de diciembre) parte del presupuesto de la previa comisión por la parte demandada de una actuación constitutiva de competencia desleal.

NOVENO.- Las manifestaciones que efectúa la recurrente para criticar los testimonios prestados en el acto del juicio por los proveedores antes citados resultan insuficientes para que este tribunal no conceda verosimilitud a los mismos, al amparo del principio de valoración de tales pruebas con arreglo a la sana crítica ( artículo 376 de la LEC ). El hecho de que tales proveedores, como alega la recurrente, ya no tengan relación con MARVI 2000 SL, desde el año 2010, no invalida la razón de ciencia que les asiste de haberlas tenido en 2008 y 2009 y haber participado entonces en reuniones en la sede de dicha entidad para tratar de encargos de obra para ellos. Por otro lado, ambos testigos, que nada tiene que ver entre sí, identificaron de forma coincidente al socio D. Jesus Miguel , miembro del bloque social ahora enfrentado a los demandados que dice que nada sabía de la operativa desarrollada, como persona presente en las reuniones con ellos y perfecto conocedor de que mediaban acuerdos con los gremios que eran subcontratados para que determinados trabajos se facturasen



a DAVICLA y no a MARVI 2000 SL. Estos testimonios perjudican, de manera evidente, el planteamiento de la demandante, pero no hay razón suficiente para restarles eficacia simplemente porque su resultado no sea del agrado de dicha parte.

Asimismo, la recurrente cierra su recurso aludiendo a la pasividad del juzgado para librar un testimonio de las actuaciones para provocar la depuración de posibles responsabilidades criminales relacionadas con la facturación de las empresas implicadas y de los terceros relacionadas con ellos. Hemos de significar que para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que la parte apelante tenga por conveniente e insinuar su posible relevancia penal no necesita de la mediación de ningún órgano judicial que carezca de competencias en esa materia. Dispone dicha parte de legitimación para, bajo su responsabilidad, denunciar ante dicho Ministerio Público o ante los órganos de la jurisdicción penal lo que tenga por conveniente ( artículos 101 , 264 y 270 de la L.E.Crim ), sin que, cuando ello sea fruto de la particular apreciación y valoración que de unos determinados hechos efectúa dicha parte y no de una situación de flagrancia, tenga derecho a forzar a ningún órgano público a suplirle en el ejercicio de tal iniciativa. Goza, eso sí, de la posibilidad de solicitar el testimonio de particulares que le pudiera interesar para acometer tal actividad si es que no dispusiera ya de los antecedentes documentales precisos para ello.

DÉCIMO.- Las costas derivadas de esta segunda instancia deberán ser soportadas por la parte recurrente, a tenor de lo establecido nº 1 del artículo 398 de la LEC , en relación con el artículo 394.1 del mismo cuerpo legal , para la desestimación del recurso.

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

## FALLO

1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de MARVI 2000 SL, en liquidación, contra la sentencia dictada el día 14 de marzo de 2013 por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid , en el seno del proceso numero 560/2010.

2.- Condenamos a la entidad apelante al pago de las costas derivadas de su apelación.

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.