



Roj: **SAP M 17200/2016 - ECLI:ES:APM:2016:17200**

Id Cendoj: **28079370282016100326**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **16/12/2016**

Nº de Recurso: **237/2015**

Nº de Resolución: **426/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 3, 11-09-2013,
SAP M 17200/2016**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

251658240

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0091593

ROLLO DE APELACIÓN Nº 237/15 .

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 340/12.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid.

Parte recurrente : "LIECHAR, S.L."

Procurador: Doña María Dolores Hernández Vergara.

Letrado: Doña Yolanda Valero Baquedano.

Parte recurrida : "BENIERO DANZA, S.L. Y DOÑA Carla

Procurador: Doña María Isabel García Espinar.

Letrado: Don Óscar García Andrés.

Parte recurrida : **FUNDACIÓN DALES LA PALABRA**

Procurador: Doña María de los Ángeles Martínez Fernández.

Letrado: Don Javier Cuesta Ruiz.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS

SENTENCIA Nº 426/2016



En Madrid, a dieciséis de diciembre de dos mil dieciséis.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 237/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2013 dictada en el juicio ordinario núm. 340/2012 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la entidad "**LIECHAR, S.L.**" ; siendo apeladas, de un lado, "**BENIERO DANZA, S.L.**" Y DOÑA Carla y, de otro, **FUNDACIÓN DALES LA PALABRA**, todas ellas representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados.

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la entidad "LIECHAR, S.L." contra la mercantil "BENIERO DANZA, S.L.", doña Carla y FUNDACIÓN DALES LA PALABRA, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba se dictar sentencia para que:

"1. se declare que el comportamiento de las demandadas es constitutivo de actos de competencia desleal con respecto a mi representada en virtud de los preceptos que se citan,

2. en consecuencia, condene a las demandadas de forma solidaria a abonar a mi mandante el importe de 30.000 €, en concepto de indemnización, más los intereses que procedan,

3. con la expresa imposición de costas a las demandadas."

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid dictó sentencia con fecha 11 de septiembre de 2013 , cuyo fallo es el siguiente:

"Que debo desestimar y DESESTIMO la demanda, y en su virtud dictar los siguientes pronunciamientos:

Primero: Absolver a FUNDACIÓN Dales La Palabra, Beneiro Danza, S.L. y Carla de todos los pedimentos deducidos en su contra.

Segundo.- Condenar al pago de las costas a la parte demandante."

TERCERO .- Publicada y notificada la sentencia a las partes, por la representación de la parte actora se interpuso recurso de apelación al que se opusieron las demandadas. Admitido el recurso por el mencionado juzgado y tramitado en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 15 de diciembre de 2016.

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

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La entidad "LIECHAR, S.L.", como titular de la academia de baile "Escuela de Danza Broadway Charlie" formuló demanda contra la mercantil "BENIERO DANZA, S.L.", doña Carla y FUNDACIÓN DALES LA PALABRA, ejercitando la acción declarativa de la comisión de actos de competencia desleal y la de indemnización de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de los actos desleales que se imputan a las demandadas que se cuantifican en la suma de 30.000 euros.

En esencia, la demanda se sostiene en los siguientes hechos:

- La FUNDACIÓN DALES LA PALABRA mantenía desde el año 2003 una relación comercial con la entidad "LIECHAR, S.L.", titular de la academia de baile "Escuela de Danza Broadway Charlie", en virtud de la cual ésta impartía clases de baile en el colegio "TRES OLIVOS" de Madrid, como una de sus actividades extraescolares, desplazándose diversos profesores de la escuela de baile a las instalaciones del colegio para dar las clases, cuyo importe era satisfecho mensualmente a la demandante por la referida fundación.

- Una de las profesoras de la escuela de baile de la demandante que daba clases en el colegio era doña Carla .



- Doña Carla , junto con otras dos profesoras de la escuela, doña Raimunda y doña Verónica , constituyeron el 18 de abril de 2011 una sociedad denominada "BENEIRO DANZA, S.L.", cuyo objeto social comprende las actividades relacionadas con la enseñanza o práctica de la danza.

- Las referidas profesoras cesaron en su relación laboral con la demandante al finalizar el curso académico de la escuela de baile en el mes de junio de 2011.

- La entidad codemandada "BENEIRO DANZA, S.L.", inauguró en septiembre de 2011 su escuela de baile bajo la denominación "CENTRO DE DANZA Y ARTE DE MADRID".

- En el mes de octubre de 2011 la FUNDACIÓN DALES LA PALABRA rompió sin preaviso alguno la relación comercial que mantenía desde el año 2003 con la entidad "LIECHAR, S.L.", titular de la academia de baile "Escuela de Danza Broadway Charlie", para impartir las clases de baile en el colegio "TRES OLIVOS".

- La fundación codemandada contrató a la entidad "BENEIRO DANZA, S.L." y/o a doña Carla para impartir las clases de baile en el colegio "TRES OLIVOS", siendo una de las profesoras la propia Sra. Carla .

- La entidad "BENEIRO DANZA, S.L.", a través de sus socias y antiguas profesoras de la demandante, han ofertado de forma pública y notoria sus servicios a las alumnas de la escuela de la demandante, captando, al menos, a 26 alumnas.

La parte actora, en su demanda, imputó a la entidad "BENEIRO DANZA, S.L." y a doña Carla los siguientes ilícitos concurrenciales:

a) infracción de la cláusula general (artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal), sin concreción fáctica alguna;

b) actos de engaño (artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal) por captación de clientela, con aprovechamiento indebido del conocimiento de las condiciones de contratación de la demandante para así ofertar precios más reducidos;

c) actos de explotación de la reputación ajena (artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal), sin que tampoco se incardinaran concretos hechos en el ilícito invocado; y

d) actos de inducción a la infracción contractual (artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal), al considerar que tanto la sociedad como doña Carla habían inducido a la FUNDACIÓN DALES LA PALABRA a infringir sus deberes contractuales básicos, en cuanto que ésta rompió la relación comercial que le unía a la actora sin preaviso alguno.

Además, a doña Carla se le imputaba una omisión engañosa (artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal) con fundamento en el hecho de que aquélla publicitaba, a través de la web de la escuela "CENTRO DE DANZA Y ARTE MADRID", que había sido profesora tanto de la escuela explotada por la actora como del colegio "TRES OLIVOS", omitiendo, respecto de éste, que lo había sido en calidad de profesora de la demandante.

A la FUNDACIÓN DALES LA PALABRA se le atribuyen todos los anteriores ilícitos en su condición de cooperadora y, además, la realización de las siguientes conductas desleales:

a) actos de confusión (artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal) al generar en los alumnos de las clases de baile del colegio "TRES OLIVOS" y en sus padres, la creencia de que las clases continuaban impartándose por el profesorado de la escuela de la actora al mantenerse como profesora a doña Carla ;

b) explotación de la reputación ajena (artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal) por los mismos hechos que justifican el anterior ilícito;

c) ruptura de la relación comercial establecida sin preaviso (artículo 16.3.a de la Ley de Competencia Desleal).

Conviene indicar desde este momento que, en trámite de audiencia previa, el juez concretó hasta en dos ocasiones, sin oposición de la parte demandante (00:09:50 y ss y 00:13:27 y ss, de la grabación audiovisual), que los ilícitos concurrenciales objeto del litigio eran, respecto de la entidad "BENEIRO DANZA, S.L." y doña Carla , los tipificados en los artículos 5 , 12 y 14 de la Ley de Competencia Desleal , imputándose también a ésta el del artículo 7. Por lo que respecta a la fundación, el juez precisó que se le imputaban los anteriores ilícitos como cooperadora necesaria y también la realización de actos de competencia desleal de los artículos 6 , 12 y 16.3.a de la Ley de Competencia Desleal .

En definitiva, con completa anuencia de la parte actora quedó fuera del objeto del proceso la infracción de la cláusula general (artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal), norma que la demandante se había limitado a citar en el primero de los fundamentos de derecho de fondo de la demanda sin introducir los hechos que pudieran integrar ese concreto ilícito que, por lo demás, conforme a reiterada jurisprudencia, es un tipo



autónomo (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de de 15 de diciembre de 2008 , con cita de otras muchas).

La sentencia apelada desestima la demanda al rechazar la concurrencia de los ilícitos competenciales imputados a las demandadas con fundamento en los artículos 5 , 6 , 7 , 12 , 14 (en cualquiera de sus tres modalidades) y 16.3.a) de la Ley de Competencia Desleal .

En esencia, la sentencia considera que la contratación de la actora para impartir las clases de baile en el colegio "TRES OLIVOS" se renovaba cada año, sin que la decisión de no renovar el contrato para el curso 2011/2012 implicase infracción contractual ni ninguno otro de los ilícitos del artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal . Rechaza, igualmente, la concurrencia de actos de engaño, confusión o explotación de la reputación ajena porque las demandadas no han utilizado signos distintivos de la actora ni se han aprovechado de su reputación. Por lo demás, rechazada la existencia de omisiones engañosas al ser sustancialmente ciertos los datos del currículum de la codemandada, sin que se tenga que detallar cómo se ha llegado a desempeñar determinado puesto de trabajo. Destaca, asimismo, que las antiguas empleadas de la actora han realizado lícitamente actos de competencia tras la ruptura de la relación laboral con la demandante. Por último, la sentencia rechaza la comisión del ilícito del artículo 16.3.a) de la Ley de Competencia Desleal , al no haberse producido la ruptura de la relación comercial sino extinción por no renovación. Señala, además, que el tipo exige la existencia de dependencia económica y, en todo caso, considera justificada la no renovación del contrato.

Frente a la sentencia se alza la parte actora que insiste en los ilícitos concurrentes de los artículos 5 , 14, 12 , y 16.3 de la Ley de Competencia Desleal , invocando, también al amparo del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal , la infracción de la cláusula general e introduce de forma novedosa el artículo 9 (actos de denigración), todo ello con base en las alegaciones que a continuación serán examinadas.

De lo expuesto se deduce que la parte actora consiente la sentencia en lo que se refiere al rechazo de los actos de competencia desleal de los artículos 6 (actos de confusión) y 7 (omisiones engañosas) y, paralelamente, invoca un nuevo tipo desleal, el del artículo 9, sobre la base de las manifestaciones efectuadas en las propias contestaciones a la demanda. Indica la parte actora que doña Carla «parece ser que narra que mi mandante era una " explotadora" , porque "estaba siendo literalmente explotada por LIECHAR, S.L." ». Por último, a pesar de no haberse contemplado en la audiencia previa como objeto del proceso la infracción del cláusula general (artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal), se reintroduce en el recurso bajo la cobertura del artículo 5.

Las demandadas se oponen al recurso de apelación e interesan su desestimación y la confirmación de la resolución apelada.

SEGUNDO .- Dado el cúmulo de ilícitos concurrentes que se imputan a las demandadas resulta imprescindible recordar, siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2011 que: " **Cada uno de los ilícitos concurrentes de la Ley de Competencia Desleal tiene sustantividad propia y autonomía y da lugar a una modalidad de acción, la cual debe configurarse -identificarse e individualizarse- de forma precisa y concreta. La delimitación fáctica y jurídica de cada uno de los supuestos que permiten la incardinación de los tipos legales, general o específicos, de ilícito concursal corresponde a quien demanda, sin que le sea dable hacer una relación de hechos históricos, para a continuación diferir al Tribunal la selección del tipo que estima adecuado al caso** (S. 22 de noviembre de 2010). Ello no forma parte de la función jurisdiccional, ni se compagina con el principio de rogación, ni en definitiva lo permite la defensa de la otra parte, la cual, ante tal remisión genérica, se vería forzada a razonar el rechazo, para el caso, de todos y cada uno de los tipos legales, incluso el de cierre recogido en el art. 5 LCD (actual, artículo 4.1) . **La elección de una u otra acción, o de varias acumuladas, corresponde a la parte interesada, la que tiene la carga procesal -imperativo del propio interés- de expresar con claridad, y no de forma farragosa y confusa (como se le imputa en el supuesto de autos) la concurrencia de los requisitos del ilícito correspondiente** . No es asumible la opinión, porque obviamente no lo permiten el art. 218 LEC , ni el principio "iura novit curia", de que el Tribunal pueda aplicar un tipo diferente del indicado por la parte cuando la indicación es equivocada, ni que pueda suplir la falta de mención del precepto, salvo que en este caso fluya de manera natural e inequívoca de la descripción efectuada por el interesado. La facultad concedida al Tribunal de corregir el desacierto de la parte en la cita o alegación de la norma ex art. 218.1 LEC , no autoriza a cambiar o corregir los planteamientos de las partes, ni a suplir en tal aspecto su incuria o desconocimiento jurídico, y menos todavía cuando se afecta a las pretensiones ejercitadas, en cuya selección y delimitación deben esmerarse los interesados, y por eso se exige la dirección procesal de Letrado." (énfasis añadido).

En consecuencia, no resulta admisible la mera cita de un ilícito concursal sin precisar cuáles de los hechos narrados en la demanda integran el tipo y menos cuando lo que se alega es una pluralidad de actos de competencia desleal. Corresponde a la parte actora y no a las demandadas o al órgano judicial incardinar los



hechos en los distintos ilícitos para permitir, primero, la adecuada defensa de los demandados y, en segundo lugar, la congruente resolución del litigio por el tribunal.

Por otro lado, como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2010 , 5 de julio de 2010 , 9 de marzo de 2012 y 18 de julio de 2012 , *"es posible admitir que la pretensión procesal, conservando su existencia, experimente un cierto desarrollo durante el transcurso del proceso, producto de lo que metafóricamente se ha llamado biología de la pretensión procesal"*.

Ahora bien, como recuerda el Alto Tribunal en la última de las sentencias citadas, el ordenado desarrollo del proceso, unido a la necesidad de evitar la indefensión que podría provocar a la contraparte, determina la prohibición de modificar lo que sea objeto del proceso una vez fijado en la demanda y en la contestación y, en su caso, en la reconvenición, a cuyo efecto el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe su alteración, de tal forma que, de acuerdo con los clásicos principios *"lite pendente nihil innovetur"* y *"non mutatio libelli"*, no cabe posteriormente mutar la demanda, en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011 .

Conforme a lo expuesto, no resulta procesalmente admisible que en el recurso de apelación, con manifiesta infracción del artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se invoque, respecto de doña Carla , un nuevo ilícito concurrencial no aducido en la demanda, como lo es el relativo a actos de denigración (artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal), con base, además, en hechos alegados en la contestación a la demanda formulada por la fundación codemandada, lo que por sí solo justifica su rechazo en esta alzada.

TERCERO .- La parte apelante considera que las demandadas doña Carla y la entidad "BENIERO DANZA, S.L." han captado al principal cliente de la actora, la FUNDACIÓN DALES LA PALABRA, titular del colegio "TRES OLIVOS", por medios que distorsionan los buenos usos y prácticas del mercado, lo que incardinan en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal .

Sin embargo, a propósito de este ilícito concurrencial no se especifica en qué habría consistido la conducta que se reprocha a las reseñadas demandadas, salvo que se considere que ha consistido, precisamente, en la inducción a la infracción contractual, a cuyo examen se pasa sin solución de continuidad en el recurso de apelación. Para mayor confusión, en la primera de las alegaciones del recurso bajo la rúbrica *"Deslealtad por distracción de clientela"*, también se analizan los actos de explotación de la reputación ajena y de denigración, para luego retornar al artículo 5, al que ahora se califica de cláusula general.

Dado que los hechos que se reputan desleales objeto del presente procedimiento se cometieron a partir del verano del año 2011, resulta de aplicación la Ley de Competencia Desleal en su redacción y, en su caso, nueva numeración, dada por la Ley de 30 de diciembre de 2009, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (31 de diciembre de 2009), esto es, el día 1 de enero de 2010.

A la vista de las alegaciones del recurso de apelación parece que cuando la actora alude al artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal quiere referirse al precedente artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal que era el que contenía la cláusula general, ahora tipificada en el primer inciso del artículo 4.1, según el cual; *" 1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe..."*.

Con independencia de que no es razonable que el tribunal tenga que comenzar por deducir qué ilícito concurrencial quiere realmente invocar la recurrente para poder resolver su recurso de apelación, lo cierto es que no existe duda alguna de que en la demanda sí se invocaba correctamente la Ley de Competencia Desleal en la redacción vigente, que es la aplicable al supuesto de autos por razones temporales, hasta el punto de transcribir el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal . Ilícito que, como ya hemos indicado se agotaba en su mera cita sin determinar qué hechos determinarían la comisión de esta conducta desleal.

A continuación la parte actora transcribía parcialmente el artículo 5.1 de la Ley de Competencia Desleal (Actos en engaño) en los siguientes términos: *"se considera desleal por engañosa cualquier conducta, que aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida -en concreto, para el caso objeto de esta demanda-, en la existencia del bien o servicio, y en el precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio."* Acto seguido, consideraba que el ilícito concurrencial que se acababa de transcribir quedaba integrado por la conducta consistente en la captación de clientela por parte de doña Carla y la entidad "BENIERO, S.L." con aprovechamiento indebido del conocimiento por parte de la primera de la clientela de la actora y de las condiciones de contratación, dada la condición de profesora de la Sra. Carla que impartía las clases tanto en el colegio "TRES OLIVOS" como en la escuela de la demandante.

Basta la mera descripción de la conducta que se imputa a las demandadas para constatar que no tiene el menor encaje en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal porque no se imputa conducta alguna que pueda



inducir a error a los destinatarios sobre los servicios que ofrecían las demandadas, el precio o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.

Sencillamente, la conducta imputada no es hábil para integrar el ilícito del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal .

Aun imaginando que la actora, cuando cita el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal , quería referirse a la cláusula general del artículo 4.1, tampoco podría prosperar el recurso porque, en primer lugar, ya hemos indicado que la captación desleal de clientela se incardinaba en la demanda en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal , sin que en la audiencia previa se incluyera a la cláusula general del artículo 4.1 como uno de los ilícitos concurrenciales objeto del litigio.

En todo caso, de estimarse que la cláusula general formaba parte del objeto del proceso - *quod non* -, no fue analizado en la sentencia apelada de modo que para que el tribunal pudiera examinar ese ilícito en segunda instancia, la parte actora tendría que haber denunciado la correspondiente incongruencia omisiva, lo que, a su vez exigiría, que hubiera intentado remediar la infracción en primera instancia mediante la oportuna petición de complemento de la sentencia (artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008 y 21 de junio de 2010).

A mayor abundamiento, no se aprecia que las demandadas captaran ningún cliente de la actora mediante un comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe.

Aun cuando la sociedad "BENEIRO DANZA, S.L." fue constituida el día 18 de abril de 2011 por doña Carla , junto con otras dos profesoras de la escuela, doña Raimunda y doña Verónica (documento nº 116 de la demanda) y éstas no cesaron en su relación laboral con la demandante hasta finales de junio de 2011, lo que no es discutido, la escuela explotada por la referida sociedad no comenzó su actividad hasta el mes de septiembre de 2011, una vez cesada la relación laboral con la actora, como se admite en la propia demanda que señala que la escuela "CENTRO DE DANZA Y ARTE DE MADRID" se inauguró en el mes de septiembre.

No consta que, constante la relación laboral de la codemandada Sra. Carla con la actora, se realizara acto alguno de captación de clientela, sin que dicha conducta pueda quedar integrada por la mera despedida de las profesoras de sus alumnas a las que anunciaron que abandonaban la escuela para trabajar en otro centro, que es lo único que resulta de la declaración testifical de doña Lorenza , madre de una de las alumnas de la demandante. Por el contrario, de la referida declaración no resulta acreditado que las profesoras ofertaran sus servicios para el nuevo centro desde la propia escuela de la actora (00:48:40 y ss de la grabación del acto del juicio).

La inauguración de la escuela tuvo lugar en septiembre de 2011 cuando las profesoras habían cesado, meses atrás, en su relación laboral con la demandante, sin que en la demanda, por otra parte, se hiciera la menor alusión a que tuvo lugar una fiesta con ocasión de la inauguración en la que se invitó a alumnas de la demandante. En todo caso, lo que se vierte en el recurso es una mera sospecha, no contrastada, de que doña Raimunda , que tenía las llaves de la escuela de la actora, pudo hacerse con las direcciones de los alumnos, se entiende que mientras era profesora de la escuela, para invitarles luego al acto de inauguración del nuevo centro.

Tampoco resulta acreditado que doña Carla conociera los precios que la demandante cobraba a la fundación por las clases de baile impartidas en el colegio. Aquélla lo que reconoció en la prueba de interrogatorio de parte es que le daban las facturas en un sobre para que las llevara al colegio pero que los sobres estaban cerrados, por lo que no conocía los precios (00:06:40 y ss de la grabación del acto del juicio). Por lo demás, si conocía los precios por tal circunstancia no cabe tachar de desleal ofertar el mismo servicio a un precio inferior una vez había cesado su relación con la demandante.

El Tribunal Supremo en sentencia de 23 de mayo de 2007 señala que: *«la mera captación de la clientela no es suficiente para determinar una aplicación de la cláusula general del art. 5º LCD (actualmente, artículo 4.1) . Señala la Sentencia de 3 de julio de 2008 , núm. 628, que "la clientela supone para las empresas un importante valor económico, pero nadie puede invocar ningún título respecto de la misma, ni pretender una efectiva fidelización, por lo que nada obsta a su captación por otras empresas cuando ello tiene lugar de modo normal o por medios lícitos". En el mismo sentido manifiesta la Sentencia de 8 de junio de 2009 , núm. 383, que, "si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho de empresario a la misma, por lo que cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatar la clientela al competidor. Y ello tiene pleno apoyo constitucional (art. 35 y 38 CE) en la libre iniciativa económica y libertad de empresa, que caracterizan el sistema de economía de mercado". Sin embargo, el mecanismo por el que se atrae la clientela ajena ha de ser correcto, por medios que no distorsionen los buenos usos y prácticas del mercado (S. 8 de junio de 2009, núm.*



383). La jurisprudencia resalta que la atracción o captación de la clientela ajena no ha de efectuarse de forma incorrecta o irregular, con alteración de la estructura competitiva o el normal funcionamiento del mercado (SS. 24 de noviembre de 2006, 1169 ; 8 de octubre de 2007 , 1032).

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

Tampoco se ha acreditado que las profesoras que constituyeron la sociedad competidora se llevaran listados de clientes o datos de los mismos más allá del conocimiento que de sus propias alumnas podían tener por su condición de tales.

El conocimiento de la clientela, derivado del natural desarrollo de la actividad profesional, no determina ilícito concurrencial alguno.

La clientela no es un bien jurídico que deba permanecer al margen del proceso de selección que implica la competencia.

Por lo demás, al margen de la fundación, solo se ha acreditado que cinco alumnas de la demandante han pasado a serlo de la escuela "CENTRO DE DANZA Y ARTE DE MADRID", lo que encuentra justificación en la relación que aquéllas podían mantener con las profesoras que constituyeron la nueva escuela, sin que conste la realización de actos de captación mientras aquéllas mantuvieron su relación laboral con la demandante.

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

En su sentencia de 1 de junio de 2010, el Tribunal Supremo ha declarado que la cláusula general se infringe cuando se contravienen los usos y costumbres admitidos como correctos por todos los participantes en el mercado, pues la buena fe, legalmente contemplada, no es sino la confianza o justa expectativa que, en relación con la conducta ajena, tiene quien concurre en el mismo, determinada por lo que es usual en el tráfico.

La captación de clientes durante la vigencia de la relación laboral es lo que se ha considerado acto de competencia desleal, como se pone de manifiesto en la citada sentencia que es lo que no se ha acreditado en las presentes actuaciones.

Por lo demás, no cabe tener un sentido patrimonial de la clientela. Es el cliente el que elige entre los servicios que le ofrece el mercado según su interés, por lo que la captación de clientela no es en sí reprobable, salvo que para ello se empleen medios de un tercero. Lo que resulta reprobable es que antes de marcharse el trabajador hubiera comenzado a desviarla para la nueva empresa desde el interior de la que estaba a punto de abandonar o que se hubiesen empleado de otro modo recursos pertenecientes a ésta para conseguirlo.

CUARTO .- La parte actora insiste en el recurso en el ilícito concurrencial del artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal .

Como precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007 , el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal contempla, en realidad, tres modalidades de ilícitos concurrencial distintas, a saber: 1) la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos (artículo 14.1); 2) la inducción a la terminación regular de un contrato (artículo 14.2); y 3) el aprovechamiento en beneficio propio o de tercero de una infracción contractual no inducida (artículo 14.2).

Ahora bien, mientras que la primera conducta se reputa desleal por naturaleza, sin necesidad de la concurrencia de ulteriores requisitos, las otras dos exigen la concurrencia de alguna de las circunstancias que enumera el propio precepto que se resumen en la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial, o en la concurrencia de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.



Aunque no se precisa ni en la demanda ni en el recurso el concreto ilícito concurrencial que se invoca de entre los tipificados en el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal, en realidad, se alega exclusivamente el del apartado 1 del citado artículo 14, en tanto que lo que se reprocha a doña Carla y a la entidad "BENIERO, S.L." es la inducción a la FUNDACIÓN DALES LA PALABRA a infringir sus deberes contractuales básicos. Esto es, lo que se afirma es que las citadas demandadas indujeron a la fundación a finalizar el contrato con la actora sin preaviso alguno, lo que califican de infracción de deberes contractuales básicos.

Resulta curioso observar que a la inducida, la FUNDACIÓN DALES LA PALABRA, se le imputa este mismo ilícito concurrencial como cooperadora. Esto es, se imputa a la inducida haber cooperado a su inducción.

Como mantiene la sentencia, el contrato verbal celebrado en el año 2003 para la prestación de las clases de baile en el colegio "TRES OLIVOS" no tenía duración indefinida sino que se renovaba, también verbalmente, para cada curso escolar y así se deduce de la declaración testifical tanto de la responsable de administración de la escuela de la demandante, doña María Teresa (01:19:41 y ss de la grabación del acto del juicio) como del de la jefa de administración del colegio, doña Bibiana (01:24:45 y ss). El propio representante legal de la entidad demandante admitió en la prueba de interrogatorio de parte que el contrato se renovaba cada año (00:37:20 y ss de la grabación del acto del juicio).

No había, por tanto, deber contractual de renovar el contrato o de prorrogarlo, estando en libertad las partes de continuar o no con su relación contractual. La falta de preaviso no constituye infracción del contrato en tanto que no estaba previsto tal preaviso ni era exigible al amparo del artículo 1.258 del Código Civil. Al finalizar el curso escolar cualquiera de las partes podía libremente decidir no renovar el contrato o exigir su continuación en otros términos. Cuestión distinta es si era exigible o no el preaviso por haber mantenido una relación comercial duradera, pero su omisión no integraría el ilícito ahora analizado sino el del artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal, de concurrir los requisitos precisos para su acogimiento.

A pesar de que se analiza en la sentencia, no se invocaron en la demanda ninguno de los ilícitos contemplados en el apartado 2º del artículo 14 (inducción a la terminación regular del contrato y aprovechamiento de la infracción contractual ajena) y, en todo caso, su rechazo queda justificado por las razones dadas en la sentencia apelada.

QUINTO .- Con muy escasa precisión técnica-jurídica, en la demanda se imputaba a la sociedad "BENEIRO DANZA, S.L." y a doña Carla el acto desleal de explotación de la reputación ajena (artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal) sin ni siquiera determinar los hechos que integraban este ilícito. La parte actora se limitó a señalar que las demandadas: *"se han aprovechado de forma indebida de la reputación de mi mandante en beneficio propio"*.

Respecto de la fundación se alegaba este mismo ilícito porque al seguir doña Carla como profesora en el colegio "TRES OLIVOS" se generaba en los alumnos y en sus padres, la creencia de que las clases continuaban impartándose por el profesorado de la escuela de la demandante, hechos que, simultáneamente, se calificaban como actos de confusión del artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal.

En el recurso, la realización de los actos de explotación de la reputación ajena solo se mantiene respecto de la entidad "BENEIRO DANZA, S.L." y doña Carla, sin imputar su realización a la fundación, sin perjuicio de atribuir a ésta la condición de cooperadora en los actos realizados por las codemandadas.

La falta de fundamentación fáctica de este ilícito respecto de "BENEIRO DANZA, S.L." y doña Carla ya justificaría la desestimación del recurso.

Las alegaciones que se hacen en el recurso, fundando ahora el ilícito en el aprovechamiento en beneficio propio de la ventaja que suponía para las citadas demandadas que la escuela de la demandante llevase siete años manteniendo la relación comercial y, por tanto, aprovechándose del esfuerzo inicial para conseguir el cliente, así como del posterior para mantenerlo, no solo constituye una cuestión nueva, vedada por el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que no tiene en menor encaje en el ilícito denunciado.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2.010 y 11 de febrero de 2011, precisan que el artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal *"protege el correcto funcionamiento del mercado concediendo amparo al competidor cuyo esfuerzo dio lugar a la adquisición de reputación por sus creaciones formales, ante el intento de otro de aprovecharse indebidamente de tal prestigio o buena fama. La conducta mediante la cual se genera el aprovechamiento puede tener cualquier contenido, de modo que basta con que produzca el efecto referido"*.

Lo que caracteriza a los ilícitos de los artículos 6 y 12 de la Ley de Competencia Desleal es que el objeto sobre el que recae la conducta son las creaciones formales, esto es, los signos distintivos y las formas de presentación de los productos o servicios.



Por otro lado, los actos de confusión (artículo 6) se diferencian de los actos de explotación de la reputación ajena (artículo 12), en que en los primeros la distorsión generada por el uso de signos distintivos afecta al origen empresarial y en los segundos el empleo de tales signos o creaciones formales lo que permite al ilícito competidor es aprovecharse de las ventajas de la reputación asociada por el consumidor a esos signos ajenos incluso cuando el infractor emplee también sus propios signos de modo que revele el verdadero origen empresarial.

Los hechos alegados por la parte actora ni siquiera tienen la virtualidad de poder encajar en el tipo invocado. La pérdida de un cliente por su captación por un competidor, sencillamente, no implica por sí misma explotación de la reputación ajena por más que hubiera durado la previa relación con dicho cliente.

SEXTO .- A la FUNDACIÓN DALES LA PALABRA se le imputa ruptura sin preaviso de la relación comercial establecida con la actora (artículo 16.3.a de la Ley de Competencia Desleal).

Al margen de la cooperación en los actos desleales que se imputan a las codemandadas y que ya han sido rechazados, éste es el único ilícito cuya realización se atribuye a la fundación, abandonando la actora en esta segunda instancia, respecto de la citada demandada, los actos desleales de confusión y explotación de la reputación ajena.

El apartado a) del artículo 16.3 de la Ley de Competencia Desleal establece que: "*3.Tendrá asimismo la consideración de desleal:... a) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor*".

Dicho apartado fue introducido por la disposición adicional tercera de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre , de reforma de la, hoy derogada, Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989.

La reforma no introdujo dos tipos autónomos de actos de competencia desleal sino que los ubicó sistemáticamente en el artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal , reforma que, además, modificó la rúbrica del precepto, antes intitulado "Discriminación" que, tras la reforma, pasó a ser "Discriminación y dependencia económica", haciéndose así eco el legislador de las críticas doctrinales que aquella había merecido.

Sólo en el número primero del artículo 16 se contempla un supuesto de tratamiento discriminatorio en sentido estricto, comprendiendo los apartados 2 y 3 supuestos de explotación de dependencia económica, siendo la discriminación sólo una de sus formas, incluyéndose en el apartado 3, supuestos que la doctrina, antes de la reforma, ya encajaba en el ámbito del apartado segundo del artículo 16, dando así la norma carta de naturaleza a dos concretas manifestaciones de explotación de una situación de dependencia económica.

En definitiva, se trata de actos desleales frente al mercado cuya represión como actos de competencia desleal sólo tiene sentido en la medida en que exista una situación de dependencia económica si no quiere convertirse en ilícito concurrencial la mera terminación de un contrato incluso conforme a lo pactado por las partes que pueden haber contemplado un plazo de preaviso menor.

La exigencia de poder de mercado relativo ya se admitió, aunque indirectamente, en la sentencia de este tribunal de 22 de febrero de 2007 y de forma expresa en las sentencias de 28 de octubre de 2011 y 12 de diciembre de 2014 . Igualmente, es el criterio mantenido por otras secciones especializadas en materia mercantil, entre otras, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª) de 30 de noviembre de 2005 cuando afirma que: "*... en modo alguno cualquier ruptura de relaciones comerciales, efectuada sin el preaviso de seis meses, conduce a la aplicación de la LCD ni a la declaración de la deslealtad de la conducta, por más que pudiera encontrar reproche en otras normas jurídicas. El art. 16 se halla bajo la rúbrica de "Discriminación y dependencia económica". Su número primero trata sobre el tratamiento discriminatorio, por lo que ha de interpretarse que los restantes números de dicho precepto descansan en la premisa de la "dependencia económica" a que su título hace referencia. Desde esta perspectiva es desde la que ha de analizarse la ruptura de la relación comercial a que se hace referencia en el número tercero . Esa dependencia económica, definida en el número segundo del indicado precepto, es la que ha de conducir a considerar desleal la ruptura de relaciones comerciales efectuada con la concurrencia de los requisitos de su número tercero*".

También participa de este criterio la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de junio de 2008 al señalar que: "*Para que concurra la conducta tipificada en el artículo 16 LCD , tanto la prevista en el apartado 2 como la tipificada en el apartado 3, introducida esta última por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, que reforma la LCD, es menester que pueda acreditarse la existencia de una situación de dependencia económica*".

Con independencia de que el cese en la relación comercial por no renovación del contrato implique o no la ruptura de la relación y de que pudiera o no estar justificada, en ningún caso puede sostenerse la concurrencia del ilícito analizado porque ni siquiera se afirma que la parte actora se encuentre en situación de dependencia



económica respecto de la fundación codemandada, es más, en el recurso lo que se niega es la exigencia de este requisito.

En definitiva, aun cuando se afirmase la ruptura injustificada de la relación comercial establecida sin preaviso, esta conducta no podría integrar el ilícito concurrencial examinado.

En el recurso de apelación la parte actora mantiene que de no ser aplicable el artículo 16.3.a) de la Ley de Competencia Desleal, la conducta de la fundación sería subsumible en la cláusula general del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal (parece que quiere referirse al inciso primero del artículo 4.1).

No puede tacharse en segunda instancia la ruptura sin preaviso de la relación comercial como un acto contrario a la cláusula general del vigente inciso primero del artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal, cuando en la demanda no se invocaba dicho ilícito concurrencial, enmarcando específicamente el comportamiento desleal de la demandada en el artículo 16.3.a. La invocación de la cláusula general es, otra vez, una cuestión nueva que no cabe introducir en esta instancia (artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En todo caso, la doctrina jurisprudencial relativa a la cláusula general ha reiterado que no se trata de una norma integrativa o complementaria de los tipos de ilícitos descritos en los artículos siguientes (entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2.006, 23 de noviembre de 2.007, 19 de mayo de 2.008 y 30 de junio de 2.009). Por ello, no tiene como función completar los ilícitos previstos en los demás ilícitos cuando falten algunos de los requisitos exigidos en éstos (sentencias de 20 de febrero y 24 de noviembre de 2.006, 14 de marzo, 30 de mayo y 10 de octubre de 2.007, 19 y 28 de mayo de 2.008 y 30 de junio de 2.009, entre otras).

Como ha declarado con reiteración este tribunal (entre otras muchas, en las sentencias de 10 de julio de 2009 y 10 de septiembre de 2010), la cláusula general del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, actual inciso primero del artículo 4.1, tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que se ha considerado conveniente tipificar en concreto en los artículos 5 y siguientes, y que ha de aplicarse de forma autónoma para reprimir conductas que no han podido ser subsumidas en los supuestos contemplados en la tipificación particular, de manera que cuando la conducta enjuiciada encaja, atendiendo a su descripción material, en alguno de los tipos específicos de deslealtad concurrencial de los artículos 5 y ss de la Ley de Competencia Desleal y, sin embargo, se estima que esa conducta no realiza el disvalor implícito en el tipo específico de que se trate, no es lícito acudir a la cláusula general para colmar ese vacío, debiendo concluirse, sin más, que nos encontramos ante una conducta concurrencialmente aséptica. En definitiva, no cabe acudir a esta norma como si estableciera un nivel degradado de antijuridicidad en el que puede incurrirse pese a superar la conducta el juicio de deslealtad a la luz de los preceptos especiales que la tipifican y regulan, que es lo que pretende el actor en su recurso de apelación invocando la infracción de la cláusula general de manera complementaria a los actos concretos que se pretenden amparar en el artículo 16, sin la menor diferenciación, de manera que no puede admitirse su aplicación cuando no concurren los presupuestos establecidos en el resto de preceptos invocados sobre los mismos hechos.

SÉPTIMO .- Por último, en el recurso se impugna el pronunciamiento en costas al entender, solo para el caso de desestimación de la demanda, que existían dudas de hecho o de derecho.

Lo que se mantiene en el recurso, de forma asimétrica, es que no existen dudas para estimar la demanda porque estamos ante un claro caso de competencia desleal pero que sí que existen esas dudas para absolver a las demandadas.

Al margen de que ni siquiera se precisa la naturaleza de las supuestas dudas y, por tanto, si lo son de hecho o de derecho, y de que, en todo caso, aquéllas deben ser serias (artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo cierto es que el tribunal no aprecia la menor duda de hecho o de derecho para desestimar la demanda, como se deduce de los fundamentos antes expuestos.

OCTAVO .- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como prevé el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 394 del mismo texto legal .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:



1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña María Dolores Hernández Vergara en nombre y representación de la entidad "**LIECHAR, S.L.**" contra la sentencia dictada el día 11 de septiembre de 2013 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, en el procedimiento ordinario núm. 340/12 del que este rollo dimana.

2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3.- Imponer a la parte apelante las costas derivadas de su recurso.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO