



Roj: **SAP B 7740/2008 - ECLI:ES:APB:2008:7740**

Id Cendoj: **08019370152008100104**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **09/05/2008**

Nº de Recurso: **189/2007**

Nº de Resolución: **164/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, núm. 2, Barcelona, 6-10-2006,
SAP B 7740/2008**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

rollo nº 189/07-3ª

JUICIO ORDINARIO Nº 181/2005

JUZGADO MERCANTIL Nº 2 DE BARCELONA

SENTENCIA Núm. 164/2008

Ilmos. Sres.

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. JORDI FORGAS I FOLCH

D. BLAS ALBERTO GONZALEZ NAVARRO

En la ciudad de Barcelona, a nueve de mayo de dos mil ocho.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio ordinario, número 181/2005 seguidos ante el Juzgado mercantil número 2 de Barcelona, a instancia de IDAGLAS, S.L. y DISTRIPAC, S.L., representada por la procuradora Esther Suñer Ollé, contra Octavio , ALPIMA 2 HOLDING, S.L. y Ángel Jesús , representados por el procurador Ivo Ranera Cahis, y contra Aurelio , Montserrat , ISODIS, S.L., DIMACONSA, S.L. y Eusebio , representados por el procurador Angel Joaniquet Tamborini. Estos autos penden ante esta Sala en virtud del recurso apelación interpuesto por la representación de la parte actora y por la de Octavio , ALPIMA 2 HOLDING, S.L. y Ángel Jesús contra la sentencia dictada en dichos autos el día 6 de octubre de 2006.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor siguiente: "Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Doña Esther Suñer Oller, Procuradora de los Tribunales y de IDAGLAS S.L. y DISTRIPAC S.L., contra Don Octavio , Don Ángel Jesús , Don Aurelio , Don Eusebio , Doña Montserrat , ALPIMA 2 HOLDING S.L., y DIMACONSA S.L. e ISODIS S.L., debo acordar y acuerdo:

1º) Condenar a Don Octavio al pago de 412.174,08 euros en concepto de cláusula penal por incumplir el pacto de no competencia previsto en el contrato de compraventa de acciones de 12 de abril de 2.002.



- 2º) Condenar a Don Ángel Jesús al pago de 219.519,66 euros en concepto de cláusula penal por incumplir el pacto de no competencia previsto en el contrato de compraventa de acciones de 12 de abril de 2.002.
- 3º) Condenar a Don Octavio , Don Ángel Jesús , Don Aurelio y a ALPIMA 2 HOLDING S.L., en concepto de daños y perjuicios, al pago solidario de la cantidad que se determine en ejecución de sentencia de acuerdo con las bases fijadas en el fundamento noveno.
- 4º) Absolver libremente a Don Eusebio , Doña Montserrat , DIMACONSA S.L. y a ISODIS S.L.
- 5º) No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales".

SEGUNDO: Las representaciones procesales tanto de Octavio , ALPIMA 2 HOLDING, S.L. y Ángel Jesús como de DISTRIPLAC, S.L. y IDAGLAS, S.L. interpusieron recurso de apelación contra la citada sentencia y, admitidos a trámite en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Sala, previo emplazamiento de las partes. Una vez comparecidas las partes, se siguieron los trámites legales, en el curso de los cuales se señaló para la votación y fallo del recurso el día 20 de febrero de 2008.

TERCERO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO SANCHO GARGALLO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Planteamiento de la controversia en esta alzada

La sentencia dictada en primera instancia parte de una previa y extensa declaración de hechos probados, que exponemos a continuación porque centran la cuestión controvertida en esta alzada, pues el recurso de apelación gira en torno a los hechos acreditados, en concreto a la correcta valoración de la prueba, y a la calificación jurídica de estos hechos:

1º) El día 12 de abril de 2.002, Octavio , Ángel Jesús , Aurelio y Eusebio , de una parte -en unión de otros vendedores-, y RITMIC GRUPO ASESOR S.L. (actualmente, IDAGLAS S.L.), de otra, suscribieron un contrato de compraventa de acciones (que se acompañó a la demanda como documento número 1), por el que los demandados vendían a la hoy demandante el 100% de las acciones de la sociedad IDAGLAS S.A., dedicada a la distribución de material de la construcción, por el precio de 7.171.092,70 euros.

2º) De acuerdo con la estipulación 4.2º del contrato, Octavio y Ángel Jesús , accionistas mayoritarios, se "comprometen durante un periodo de cinco años a contar desde la fecha de cierre, a no desarrollar directa o indirectamente a través de compañías participadas por ellos, sus cónyuges, ascendientes o descendientes hasta segundo grado, actividad alguna en el sector en el que la Compañía desarrolla su actividad, y/o que pudiera implicar en modo alguno competencia con la actividad desarrollada por el comprador, cualquier compañía del grupo BPB y/o la compañía, a no ser que dicha actividad sea desarrollada por Don Octavio y Don Ángel Jesús con autorización expresa y escrita del comprador". Como cláusula penal, en caso de incumplimiento de la obligación de no competencia, los contratantes pactan que los Sres. Octavio y Ángel Jesús habrían de satisfacer al comprador el 50% del precio final calculado sobre su participación en la sociedad -el 45,72% el primero y el 24,35% el segundo-.

3º) Con la finalidad de garantizar la permanencia del Sr. Octavio en IDAGLAS, propósito evidenciado en la estipulación 4.1, el demandado se "compromete y obliga a ocupar un puesto de trabajo en LA COMPAÑÍA -esto es, en IDAGLAS- durante un periodo mínimo de tres años naturales a contar desde la fecha de cierre". Para garantizar el cumplimiento de dicho pacto de permanencia, las partes también contemplan la correspondiente penalización. Y el mismo día, en ejecución de lo pactado en el contrato de compraventa de acciones, Octavio firma un contrato de trabajo con IDAGLAS S.L., que contempla un pacto de no competencia que se compensaba con una retribución adicional de 30.050,61 euros (estipulación tercera).

4º) Aurelio , socio minoritario de IDAGLAS, continúa su relación laboral, tras la venta de sus acciones, hasta el día 7 de junio de 2.007, que suscribe con la demandante el contrato de prestación de servicios que se acompaña a la demanda como documento número siete, que incluye, en su estipulación cuarta, un pacto de no competencia con la demandante y demás empresas del grupo BPB durante la vigencia del contrato y "el año posterior a su extinción".

5º) El día 10 de marzo de 2.004 Octavio , actuando en nombre propio y en representación de ALPIMA 2 HOLDING S.L., sociedad patrimonial de su propiedad, suscribe con IDAGLAS S.L. el contrato de prestación de servicios que se adjunta a la demanda como documento cuatro. Las partes, de mutuo acuerdo, dan por "finalizado" a partir del día 31 de marzo de 2.004 el contrato de trabajo que suscribieron el día 12 de abril de 2.002, "quedando sin efecto -según reza la estipulación primera- los derechos y obligaciones asumidas



por ambas partes en el mismo, incluida la obligación de permanencia del Sr. Octavio en la compañía o en cualquier otra empresa del grupo BPB, renunciado ambas partes a cualquier indemnización o compensación". En cualquier caso y según la misma estipulación, la terminación anticipada del contrato de trabajo no afectaba a la obligación de no competencia asumida por el Sr. Octavio en el contrato de compraventa de acciones. El contrato de trabajo, en definitiva, se transformó en otro de prestación de servicios para los mercados cubano, español y portugués, por un plazo de tres años prorrogable, en el que se pacta una retribución fija inicial de 5.897 euros mensuales (estipulación tercera) y una contraprestación variable consistente en un porcentaje sobre las ventas. En la estipulación cuarta se reitera el deber del Sr. Octavio de no competir con las empresas del grupo BPB.

6º) Durante los primeros meses del año 2.004, Octavio, Ángel Jesús y Aurelio idean la constitución de dos sociedades directamente competidoras de IDAGLAS S.A. y cuentan para ello, entre otras personas, con los también demandados Montserrat y Eusebio, antiguos empleados de aquella entidad. De este modo, el día 14 de abril de 2.004 Montserrat, que un día antes había causado baja voluntaria en IDAGLAS, constituye junto con su marido Joaquín la sociedad ISODIS S.L. (documento nº 9 de la demanda), con un capital de 60.000 euros y cuyo objeto es análogo al de la actora. Sin embargo, del informe pericial que se acompaña a la demanda como documento nº 22, se infiere, inequívocamente, la participación efectiva y directa de los Sres. Octavio, Aurelio y Ángel Jesús en ISODIS, pese a que estaban vinculados laboralmente con IDAGLAS y pese a encontrarse vigente el pacto de no competencia incluido en el contrato de compraventa de acciones. Dicho informe incluye borradores de contratos privados de venta de acciones de ISODIS (ff. 600 y ss), que deberían elevarse a público "antes del 31 de diciembre de 2.007", es decir, superado el plazo de cinco años contemplado en aquel contrato. También recoge un acta de la reunión celebrada el día 2 de marzo de 2.004 (f. 607) que detalla cual habría de ser la participación de los demandados en ISODIS y la forma en que debía hacerse efectiva -a través de la sociedad CORPECC S.L., propiedad del Sr. Octavio-. Pues bien, el extracto de cuenta de dicha entidad recoge transferencias del Don Octavio y Ángel Jesús (15.600 euros cada uno), de Don Pedro Jesús (2.400 euros), e ingresos en efectivo de Don Bruno (2.400 euros) y Aurelio (6.000 euros); y la posterior transferencia del monto total (42.000 euros), el día 11 de marzo de 2.004 a la cuenta corriente abierta por ISODIS S.L. en la CAIXA DE CATALUNYA. Dichas cantidades coinciden exactamente con las que figuran en el acta de 2 de marzo. Los demandados, en el acto del juicio, como no podía ser de otra manera, admiten la existencia de tales ingresos, que justifican, de forma poco convincente, en préstamos que todavía no han cobrado o en donaciones a la Sra. Montserrat. La participación de ésta en ISODIS se reduce a 18.000 euros, que representa el 30% del capital social.

7º) Montserrat, en su condición de administradora de ISODIS, admitió en juicio que dicha empresa compite con las demandantes y que clientes y proveedores de IDAGLAS lo son o lo han sido de ISODIS.

8º) El día 31 de enero de 2.004 Eusebio, delegado comercial de DISTRIPLAC S.L. para la zona de Aragón, es despedido de la empresa (documento 14 de la demanda). DISTRIPLAC reconoce el carácter improcedente del despido y ofrece la correspondiente indemnización. El día 2 de marzo del mismo año 2.004, el Sr. Eusebio junto con su esposa Camila constituyen DIMACONSA S.L., con un capital social de 18.000 euros (documento 9 de su escrito de contestación). Sin embargo, del informe pericial antes mencionado (f. 613) se infiere que los demandados Octavio y Ángel Jesús toman la iniciativa en la constitución de DIMACONSA con la intención de competir directamente con las demandantes. Los indicios del informe pericial se han visto corroborados, posteriormente, con las declaraciones de las partes y el extracto de cuenta de CORPECC S.L.. Así, tanto Octavio como Eusebio reconocen que el día 30 de marzo de 2.004, CORPECC S.L. adquiere el 70% de las acciones de DIMACONSA (el 30% restante es la participación efectiva de Eusebio en dicha entidad). De dicho extracto resulta que Octavio ingresó en la cuenta de CORPECC S.L., por medio de ALPIMA 2 HOLDING S.L., 4.600 euros para la compra de acciones de DIMACONSA (el 30% del capital), Ángel Jesús otros 4.600 euros y Aurelio 1.800 euros (el 10% del capital, es decir, el mismo porcentaje de participación que en ISODIS). Los demandados, en los interrogatorios de parte, llegan a admitir tales ingresos, ofreciendo, en actitud manifiestamente evasiva, confusas explicaciones sobre el destino dado a aquellas cantidades.

9º) Eusebio, en su condición de administrador de DIMACONSA, admitió en el acto del juicio que dicha entidad compite directamente con DISTRIPLAC y que clientes que son o han sido de la actora también lo son o han sido de DIMACONSA.

10º) El día 11 de noviembre de 2.004, la parte actora requiere notarialmente a Don Octavio para que entregue el ordenador propiedad de IDAGLAS, a partir del cual se elaboró el informe pericial informático antes referido. Al mismo tiempo la demandante resuelve el contrato de prestación de servicios suscrito con el Sr. Octavio el día 10 de marzo de 2.004. Por otro lado, el día 17 de diciembre del mismo año, IDAGLAS resuelve el contrato de prestación de servicios que le unía con Don Aurelio.



SEGUNDO: A la vista de los anteriores hechos, la sentencia de primera instancia declara en primer lugar la validez del pacto de no competencia incorporado al contrato de compraventa de acciones (estipulación 4º-2ª), que había sido negada por el Sr. Octavio , y concluye que tanto éste como el Sr. Ángel Jesús incumplieron dicho pacto. En consecuencia aplica la cláusula penal pactada del 50% del precio inicial percibido por los demandados por sus participaciones en IDAGLAS. Aunque en puridad, según la referida cláusula penal el Sr. Octavio vendría obligado a pagar 1.373.913,66 euros y el Sr. Ángel Jesús , 731.732,22 euros, la sentencia hace uso de la facultad que el art. 1.154 CC le confiere para moderar la pena, apreciando que durante los dos primeros años se cumplió por los demandados el contrato y que la facturación de las empresas de la actora no ha disminuido sino incrementado, y reduce en un 70% aquella pena, de modo que el Sr. Octavio tendría que pagar 412.174,08 euros y el Sr. Ángel Jesús , 219.519,66 euros.

También aprecia que el Sr. Aurelio incumplió el contrato de prestación de servicios de 7 de julio de 2004.

La sentencia desestima la pretensión de la actora de que se declarara la nulidad del contrato de prestación de servicios suscrito con el Sr. Octavio , que hubiera justificado la vigencia del compromiso de permanencia en la empresa asumido por el demandado, y en su consecuencia la aplicación de la cláusula penal pactada para caso de incumplimiento de dicho compromiso.

Al margen del incumplimiento del pacto de no competencia por parte de los señores Ángel Jesús , Octavio y Aurelio , la sentencia no aprecia que hayan realizado ninguno de los actos de **competencia desleal** que se les imputa en la demanda (actos de imitación del art. 11.2 LCD , actos de confusión del art. 6 LCD , actos de aprovechamiento de la reputación ajena del art. 12 LCD , actos de explotación y revelación de **secretos empresariales** de DISTRIPLAC e IDAGLAS del art. 13 LCD e inducción a la infracción contractual de trabajadores, proveedores y clientes del art. 14 LCD).

Finalmente, la sentencia sobre la base del incumplimiento contractual referido, condena a los señores Ángel Jesús , Octavio y Aurelio , y a la entidad AMPIMA 2 HOLDING, S.L., a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la actora. De estos daños excluye expresamente los gastos de esclarecimiento de los hechos, porque a su juicio no derivan directamente de la actuación ilícita. En cuanto al lucro cesante, excluye expresamente la suma solicitada por la actora porque para su determinación el perito parte de unas premisas inaceptables. El Juez Mercantil acude analógicamente al apartado b) del art. 43.2º LM , en la redacción que entonces tenía, y reconoce a las actoras el derecho a ser compensadas económicamente en el importe de las ganancias obtenidas por ISODIS y DIMACONSA durante el periodo de tiempo que media entre abril de 2.003 y febrero de 2005 con los clientes que lo habían sido de las entidades demandantes, y siempre con el límite de la cantidad solicitada por la actora de 465.052 euros.

TERCERO: La sentencia es recurrida en primer lugar por la parte actora, quien acepta la relación de hechos probados realizada por el Juez Mercantil, pero impugna algunas de las valoraciones y apreciaciones de la sentencia: 1º Impugna la moderación de la cláusula penal, derivada del incumplimiento del pacto de no competencia, porque dicho incumplimiento ha sido total y no parcial; 2º Reitera su pretensión, desestimada en la sentencia, de que se declare la nulidad del contrato de prestación de servicios suscrito el 10 de marzo de 2006 , por existir error en el consentimiento, y se condene al Sr. Octavio a pagar la cláusula penal pactada en el pacto de permanencia; 3º Considera que los demandados han realizado actos de **competencia desleal** encuadrables en los arts. 5, 11, 13 y 14 , por lo que deberían estimarse las acciones fundadas en los mismos, y especialmente la indemnización de daños y perjuicios solicitada, que debería calcularse, respecto del lucro cesante, de acuerdo con los parámetros fijados por el perito de la actora.

Por su parte Octavio , ALPIMA 2 HOLDING, S.L. y Ángel Jesús fundan su recurso de apelación en los siguientes motivos: 1º la sentencia debía haber estimado la excepción de nulidad de la cláusula de no competencia, por ser contraria al art. 1.1 LDC; 2º Ilícitud de la prueba pericial informática porque vulnera los derechos de **secreto** de las comunicaciones y de intimidad de los demandados, y consiguientemente nulidad de las restantes pruebas obtenidas partiendo de la información en ella contenida; y, finalmente, 3º la inexistencia de actos de competencia para con las actoras por parte de los Sres Octavio y Ángel Jesús y la improcedencia de la indemnización.

A la hora de analizar los dos recursos de apelación, comenzaremos en primer lugar por el recurso de los demandados, porque en un orden lógico afecta a cuestiones que son previas a las suscitadas por las actoras.

CUARTO: Validez de las cláusulas de no competencia

El mismo pacto de competencia que la actora denuncia incumplido por los demandados, Octavio y Ángel Jesús , es el que éstos consideran nulo por restringir injustificadamente la competencia.

La cláusula 4.2 del contrato de compraventa de acciones contiene el compromiso que con la firma del contrato asumían Octavio y Ángel Jesús de, durante cinco años desde la fecha de cierre, "no desarrollar



directa o indirectamente (...) actividad alguna en el sector en el que LA COMPAÑÍA -la empresa transferida- desarrolla su actividad, y/o que pudiera implicar en modo alguno competencia con la actividad desarrollada por el COMPRADOR". Y a continuación excluye de la prohibición una serie de entidades en las que tenían participaciones Octavio y Ángel Jesús . Esta obligación se circunscribía exclusivamente al ámbito territorial de la Península Ibérica.

A la hora de valorar la validez de este pacto contractual, hemos de partir de la consideración, como hacía la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 8 abril 2003 (Pacto Foodservice-Mercat), de que en sí "los pactos de no competencia, aunque tengan por objeto principal la efectiva transferencia al vendedor de activos inmateriales, incurren, por sus efectos, en la prohibición que establece el artículo 1 LDC - Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia , vigente entonces y aplicable también al presente caso-, ya que restringen la competencia al eliminar del mercado a un competidor experimentado". Ello no obstante, en aquella resolución el TDC ya advertía que estos pactos de restricción de la competencia, en caso de adquisición de empresas, "pueden estar justificados para proteger al comprador y, en tal caso, pueden ser autorizados bien en el procedimiento de control de concentraciones, si la operación tiene el tamaño suficiente para tener que ser notificada, o bien, en otro caso, mediante autorización singular, si se dan los supuestos a los que se refiere el artículo 3 LDC" (RTDC de 8 de abril de 2003, JUR 2003/94969).

Concretando un poco, en una resolución anterior, el TDC argumentaba que lo que caracteriza a una empresa es "la existencia de una organización, resultado de la actividad competitiva del empresario, que tiene la consideración de bien inmaterial y que puede representar un valor económico muy superior a la suma de los valores de los diversos elementos que lo integran". De tal modo que "conectado con esa idea de organización aparece el llamado fondo de comercio integrado por la clientela y las expectativas de negocio generadas por el empresario, el cual se contabiliza incluso como un elemento del activo cuando se adquiere a terceros a título oneroso.

Estos elementos, clientela y expectativas de negocio, evidentemente no son susceptibles de una transmisión directa cuando se vende el establecimiento mercantil. Sin embargo, en el Derecho privado se obliga al vendedor a hacer todo lo posible por traspasárselos al adquirente. Esta imposición se hace efectiva fundamentalmente por medios indirectos, esto es, mediante el cumplimiento de dos diferentes tipos de obligaciones: una positiva, o de hacer, que suele consistir en entregar al comprador la lista de clientes y proveedores o hacer saber a éstos por medio de circulares y anuncios el cambio habido en la titularidad del negocio; y otra negativa, o de no hacer, que se articula normalmente, a través del pacto de no concurrencia por un período limitado en el tiempo y determinado territorialmente y circunscrito a determinados productos o servicios para afianzar y no desviar la clientela" (RTDC 2 de marzo de 1993, AC 1993/756).

Pero como sigue argumentando esta Resolución, este pacto de no competencia no puede configurarse de manera arbitraria, "sino que debe circunscribirse estrictamente a su finalidad, que no es otra que la de consolidar en la persona del adquirente la clientela que ya tenía consolidada el transmitente. Concebido en dichos términos ha de ser considerado como parte integrante del contenido del contrato de compraventa que tiene fuerza de ley entre las partes contratantes.

Si el pacto opera, en cambio, al margen de dicha finalidad habrá de ser considerado como un acuerdo restrictivo de la competencia prohibido por el art. 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia .

Así pues, si el pacto se circunscribe a establecer la obligación del vendedor de abstenerse de hacer competencia al comprador durante el tiempo y el espacio geográfico necesario para que éste consolide la clientela y las expectativas del establecimiento mercantil transmitido, habrá que concluir que sólo busca dotar de efectividad al contrato de compraventa y que, por tanto, se sustrae a las prohibiciones establecidas en la citada Ley de Defensa de la Competencia (Véanse en este sentido las Decisiones de la CE 26-7-1976, «Renter-Basf» y de 12-12-1983 , «Nutricia», confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE 11-7-1985)" (RTDC 2 de marzo de 1993, AC 1993/756).

Esta doctrina fue reiterada en otra Resolución posterior del TDC, de 15 de septiembre de 1993 (AC 1993/1691), que después de recordar que "la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia no es aplicable cuando hay transferencia de la propiedad de una empresa y el pacto de no competencia por el vendedor es crucial para garantizar la transferencia al comprador del valor comercial completo de los activos cedidos y no excede de lo necesario para que el comprador se haga con las riendas del negocio que adquiere", concluye que "es necesario analizar, para cada caso concreto, la duración y el alcance de los pactos de no competencia y las restricciones de competencia que conllevan en cuanto al mercado de producto y el territorio afectado".

Analizando el caso concreto, no nos cabe duda de que la restricción de la competencia ha venido determinada por la voluntad del adquirente de la empresa de asegurarse la transmisión del fondo de comercio, pues así se declara expresamente, y hasta cierto punto parece lógico, pues como argumentaba el TDC en un negocio



como el que se adquiriría, era la única manera de asegurarse, o cuando menos facilitar en gran medida, la consolidación de la clientela y de las expectativas de negocio. Sobre todo si tenemos en cuenta que no cabe transmitir el dominio sobre el fondo de comercio, entre otras cosas porque el cliente es libre de contratar con quien quiera, salvo que exista un compromiso ordinariamente a través de un contrato de tracto sucesivo. De ahí que se entienda lógico que para impedir que el vendedor, una vez transmitida la empresa, pueda arrastrar la mayor parte de la clientela hacia su nuevo establecimiento **empresarial**, lo que vaciaría de contenido la empresa transmitida, se impongan esas restricciones de hacer competencia durante un tiempo prudencial, y dentro de un marco geográfico razonable. En este caso, está justificado que quienes transmitían sus acciones y a la vez habían dirigido hasta ahora la empresa objeto social de la compañía que se vendía, para asegurar el traspaso del fondo de comercio asumieran un compromiso de no entrar en competencia con la sociedad que transmitían y la empresa que desarrollaba ésta.

En realidad, la controversia versa sobre la razonabilidad del plazo de cinco años. Hemos de partir de la base de que carecemos de un tratamiento legal de la compra de empresas que regule este extremo, al contrario de lo ocurre en otras legislaciones como la italiana, en la que el art. 2.557 del Código civil establece un plazo de cinco años para la prohibición de competencia, para asegurar la transmisión de la clientela. A falta de una previsión legal, podemos acudir por analogía a las previsiones legales que regulan situaciones análogas o respecto de las que existe cierta identidad de razón, y tener también en consideración lo que viene admitiéndose en Derecho Comunitario.

Aunque no sea propiamente lo mismo, sí existe una cierta identidad de razón con los pactos de prohibición de competencia en un contrato de agencia, previstos para cuando se extinga la relación con el agente, pues también en ese caso el pacto viene justificado por la necesidad de evitar que con su marcha el agente arrastre a los clientes que formaban parte de su cartera y, por lo tanto, constituye un medio de facilitar la consolidación del fondo de comercio. En uno y en otro caso existe un riesgo de perder parte de la clientela a favor de la competencia, a través de la actuación del agente o de quien transmite la empresa, aprovechando la relación comercial mantenida con los clientes hasta la terminación del contrato de agencia o la venta de la empresa. Es significativo que en el caso del contrato de agencia, el art. 20 LCA establezca una limitación temporal al pacto que restringe la competencia del agente, una vez terminada la relación contractual, al disponer que no podrá ser superior a dos años. Esta limitación temporal es fruto de un juicio ponderado, realizado por el legislador, de los dos intereses en juego: el del comitente de asegurar la permanencia de la clientela y el del preservar la libertad de competencia, con lo que conlleva de beneficio para el mercado y para el agente afectado, que puede seguir dedicándose a aquello para lo cual se supone que está capacitado y se ha dedicado durante años. Al hacer esta ponderación de intereses, el legislador marca un límite temporal, más allá del cual aprecia una descompensación, que convierte en injustificada la prohibición de competencia. Se entiende que ese plazo de dos años sería en todo caso suficiente para consolidar la clientela, sin que el ánimo de asegurar esto último justifique una mayor restricción de la libre competencia.

En el caso de la venta de empresas, que no existe regulación expresa que limite un posible pacto de no competencia, no significa que no pueda apreciarse cuándo esta cláusula deja de ser accesoria a la transmisión de empresas, por ir más allá de lo estrictamente necesario para garantizar la transmisión, en este caso para hacer efectivo el traspaso del fondo de comercio. Ya hemos argumentado como el Tribunal de Defensa de la Competencia, bajo la vigencia de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, admitió estas cláusulas de no competencia siempre que persiguieran exclusivamente la consolidación del fondo de comercio, y su duración, ámbito geográfico y contenido no excedieran de lo razonablemente necesario. Y para realizar este juicio de ponderación sobre el tiempo razonablemente necesario, es para lo que tiene sentido tomar como punto de referencia la regulación del contrato de agencia, pues permite advertir cómo un plazo superior a dos años debería ser excepcional.

Y este parece ser el criterio seguido por la Comisión Europea en los supuestos en los que ha admitido las cláusulas de inhibición de competencia, con ocasión de adquisición de empresas. La Comisión considera como regla general que las cláusulas de inhibición de competencia están justificadas por períodos de hasta dos ó tres años, dependiendo de si el traspaso incluye sólo el fondo de comercio o también el know-how (Decisión 1 de septiembre de 2000 [caso Clayton Dubilier & Rise/Italtel]). Ahora bien, siendo ésta la regla general, en algún caso ha admitido períodos de duración mayores, de hasta 5 años, en determinadas circunstancias, como por ejemplo en escenarios caracterizados por un alto grado de fidelidad de los clientes y de productos con un largo ciclo de vida (Decisión de 1 de septiembre de 2000 [caso Volvo/Renault VI]). Por su parte, la STJCE de 11 de julio de 1985 (caso Nutricia), en un supuesto de venta de dos sociedades filiales a un tercero, en que se había pactado una prohibición de competencia por un plazo de diez años, consideró que tres eran suficientes para consolidar la clientela y, en consecuencia, declaró la validez de la cláusula con este límite temporal de tres años, y nula en el exceso.



De esta forma en un supuesto como el presente, en el que se transmitía el fondo de comercio, resulta razonable que cuando menos el plazo de la prohibición de competencia fuera de dos años, pudiendo advertirse incluso justificado que excediera algo más de este límite temporal en atención a la estrecha vinculación o relación de los clientes con los transmitentes que eran quienes hasta la fecha gestionaban directamente la empresa, y la falta de arraigo de los adquirentes en el área geográfica en la que opera la empresa adquirida. Estas circunstancias justifican la extensión temporal de la cláusula de no competencia, cuando menos, a tres años.

Todo lo cual resulta suficiente para desestimar la objeción formulada por la demandada, en atención a que la infracción ocurrió al año y medio de la transmisión de la empresa, cuando no existe duda de que la prohibición de competencia era válida y estaba vigente.

QUINTO: Licitud de la prueba pericial informática

La actora aportó con la demanda, como documentos 22 y 23, una prueba pericial informática practicada sobre los ordenadores de las sociedades actoras, que eran usados en el marco de su relación laboral por los demandados Octavio y Montserrat, que le permitió a las actoras conocer las actuaciones realizadas por entonces por estos dos empleados suyos en relación con la creación y/o adquisición de las sociedades ISODIS, DIMACONSA y SEREDAN, así como su actuación en el mercado que entraba en competencia las actoras.

Con ocasión de las medidas cautelares ya se cuestionó la licitud de esta prueba, y en concreto la denuncia realizada por los demandados de que vulneraba el derecho a la intimidad y el **secreto** comunicaciones de Octavio y Montserrat, usuarios de los ordenadores, y este tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto y con profusión de argumentos, sin que desde entonces se haya aportado alguna razón que justifique el cambio de parecer [Auto de 2 de febrero de 2006 (RA 711/05)]. Ya entonces, para analizar la licitud de la prueba, evitamos tratar conjuntamente ambos derechos, pues tienen caracteres diferentes.

SEXTO: Por lo que respecta al **secreto** de comunicaciones

En aquella ocasión partimos, como volvemos a hacerlo ahora, del marco jurisprudencial que interpreta el alcance de la protección constitucional al **secreto** de las comunicaciones (STC Sala 2ª de 24 de marzo de 2003, que parte de otras anteriores igualmente importantes, como las SSTC 70/2002, de 3 de abril, 123/2002, de 20 de mayo, o la 114/1984, de 29 de noviembre, que se hacía eco de la STEDH de 2 de agosto de 1984, (caso Malone).

El concepto de **secreto** de la comunicación cubre, no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores. El derecho fundamental al **secreto** de las comunicaciones del artículo 18.3 CE "consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su **secreto**, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas...La norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma".

El derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo).

La protección del derecho al **secreto** de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos, de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación. La STC Sala 1ª de 3 de abril de 2002, pronunciándose de la misma forma el Tribunal Supremo poco después basándose en ella (STS 27 de junio de 2002), por ejemplo, desestimó el amparo por la falta de constancia o evidencia ex ante de que lo intervenido es el objeto de una comunicación secreta impenetrable para terceros y la falta de interferencia en un proceso de comunicación (no se había abierto correspondencia ajena guardada, sino intervenido papeles o cartas ya abiertas y leídas por el destinatario).

El concepto de **secreto** en el artículo 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado.

Y a la vista de ello, argumentábamos que en este caso no era posible apreciar una vulneración de este derecho constitucional porque el perito informático no había interferido ningún proceso de comunicación ajeno. El perito lo que hizo fue una búsqueda ciega a través de una herramienta informática denominada ENCASE, que no conlleva la lectura de toda la información para detectar lo relevante para la empresa, sino la utilización de palabras clave que sólo permiten rescatar lo que interesa, si es que no hubiera sido borrado en la reinstalación.



Como explicábamos en nuestro anterior auto, el borrado usual (pues existen otros de bajo nivel que sí eliminan la información), no hace desaparecer los datos, sino que elimina las entradas de los mismos y hace imposible acceder a ellos: al romperse el código de entrada en sistema binario, los datos permanecen, pero confundidos e indistinguibles en una enorme cantidad de ceros y unos, de modo que el programa empleado pretende detectar los patrones binarios de ciertas palabras, y una vez detectados, reinterpreta por encima y por debajo hasta reconstruir un texto. Para entenderlo mejor acudíamos a la idea de un aparato de destrucción de documentos que almacena los restos, del que se rescatan ciertos fragmentos de papel para, mediante su interpretación, reconstruir uno de aquellos documentos.

Lo cual nos permitía concluir que "pretender que la información así obtenida, es decir, los mensajes de correo electrónico rescatados de un ordenador formateado y entregado voluntariamente por su usuario, constituyen una comunicación protegible por la doctrina constitucional expuesta, es exacerbar esa protección: la comunicación no era localizable como tal ex ante y no es que hubiera finalizado bastantes meses atrás, sino que fue deliberadamente destruida por el comunicante, por lo que estuvo muy lejos de cualquier interferencia en un proceso comunicativo ajeno. Los textos reconstruidos podrían ser muestra de una violación a la intimidad de los demandados, pero no una afrenta al **secreto** de las comunicaciones".

SEPTIMO: En cuanto al derecho a la intimidad

Como afirma la jurisprudencia constitucional citada, al distinguir el ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal y el **secreto** de las comunicaciones, si bien ex artículo 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, "no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal". Ello no supone negar la exigencia constitucional de monopolio jurisdiccional en la limitación de derechos fundamentales, sino admitir que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal sean posibles injerencias leves en la intimidad de las personas: "La legitimidad constitucional de dichas prácticas, aceptada excepcionalmente, requiere también el respeto de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido -idoneidad-; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto -necesidad-; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre -proporcionalidad estricta" (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, 207/1996, de 16 de diciembre y la ya citada 70/2002, de 3 de abril).

A este respecto, la STC Sala 1ª de 15 de noviembre de 2004 y antes el ATC de 30 de junio de 2003 (en materia de transmisión de información tributaria), teniendo presente al elemento teleológico que la proclamación del derecho fundamental del artículo 18.1 CE incorpora, la protección de la vida privada como garantía de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo, recuerdan que la protección dispensada por este precepto alcanza a la intimidad personal stricto sensu, en cuanto confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.

Todo lo cual nos permitió concluir entonces, lo que reiteramos ahora, que "la localización informática antes descrita de los mensajes que incorpora el informe pericial no es contrario a la intimidad de los demandados: la búsqueda ciega discriminó desde el principio todo lo que pudiera tener alguna relación con ese ámbito, y con lo obtenido no se afecta a su vida íntima, a esa esfera personal y reservada que preserva la dignidad y la libertad individual, sino a ciertos actos puntuales de relevancia estrictamente comercial o **empresarial**. No es, por tanto, que la indagación efectuada afectara al derecho fundamental a la intimidad personal pero que la misma resultara justificada por un fin legítimo, proporcional, idónea y necesaria, sino que dicha pericial se mantuvo al margen del ámbito constitucionalmente protegido".

OCTAVO: Infracción del pacto de no competencia

Como ya hemos visto el pacto de no competencia, incluido en la estipulación 4.2º del contrato de compraventa de la sociedad, obligaba a Octavio y Ángel Jesús a "no desarrollar directa o indirectamente a través de compañías participadas por ellos, sus cónyuges, ascendientes o descendientes hasta segundo grado, actividad alguna en el sector en el que la Compañía - IDAGLAS- desarrolla su actividad, y/o que pudiera implicar en modo alguno competencia con la actividad desarrollada por el comprador, cualquier compañía del grupo BPB y/o la compañía, a no ser que dicha actividad sea desarrollada (...) con autorización expresa y escrita del comprador"

Es un hecho indiscutido que la sociedad ISODIS, S.L. fue constituida el 14 de abril de 2004, con un capital social de 60.000 euros y con un objeto social muy similar al de IDAGLAS, en concreto "la fabricación, comercialización, compraventa e instalación (...) de elementos y accesorios para el aislamiento térmico y acústico, y otros



materiales relativos a las instalaciones de construcción e industria en general". La sociedad fue constituida por Montserrat , quien el día anterior había causado baja laboral voluntaria de IDAGLAS, y por su marido Joaquín .

El referido informe pericial, a través del cual se pudo rescatar de forma selectiva información que había en los ordenadores usados por el Sr. Octavio y la Sra. Montserrat mientras trabajaban para IDAGLAS (ff. 589 y ss.), prueba la participación del Sr. Octavio y del Sr. Ángel Jesús en la constitución de la sociedad ISODIS y en su dirección:

1º Entre los documentos rescatados se encuentran los borradores de contratos privados de compraventa de las participaciones de la sociedad ISODIS, a favor de NUSCAPA -sociedad controlada por el Sr. Ángel Jesús - (ff. 600 y 602), de ALPIMA 2 HOLDING, S.L. -sociedad controlada por el Sr. Octavio - (f. 601) y de Bruno (f. 603). Estos contratos datan del 29 de abril de 2004 y, en algún caso, se prevé su elevación a escritura pública después del 31 de diciembre de 2007, una vez cumplido el plazo del pacto de no competencia convenido en la venta de las participaciones de IDAGLAS.

2º También constaba en el ordenador del Sr. Octavio un acta de una reunión celebrada el día 2 de marzo de 2004, en la que se citan como asistentes a Montserrat , Federico , Aurelio y Octavio , en la que se expone quienes y cómo deben desembolsar el capital social de ISODIS. En concreto se advierte que de 60.000 euros, Octavio y Ángel Jesús debían ingresar 15.600 euros cada uno. Además, aparecen otros acuerdos relativos a la puesta en funcionamiento de la empresa, tales como el equipo informático, la nave...; y se prevé que Montserrat comunique su baja de IDAGLAS. Como declara probado la sentencia de primera instancia, el extracto de cuenta de CORPECC S.L., entidad a través de la cual intervenía el Sr. Octavio , recoge transferencias del propio Octavio y de Ángel Jesús (15.600 euros cada uno), de Pedro Jesús (2.400 euros), y los ingresos en efectivo de Bruno (2.400 euros) y Aurelio (6.000 euros); así como la posterior transferencia del monto total (42.000 euros), el día 11 de marzo de 2004, a la cuenta corriente abierta por ISODIS S.L. en la CAIXA DE CATALUNYA, lo que corrobora la veracidad de lo expuesto en la referida acta del 2 de marzo de 2004.

NOVENO: Tampoco se discute, y consta de la información registral, que el 4 de marzo de 2004 se constituyó en Zaragoza la entidad DIMACONSA, con un objeto social idéntico al de IDAGLAS: "compraventa, instalación, fabricación, mantenimiento, alquiler y montaje de todo tipo de materiales para la construcción". En su constitución intervino Eusebio , que hasta el 31 de enero de 2004 había trabajado como director comercial de DISTRIPLAC, S.L. en la zona de Aragón, y su esposa Camila , siendo el capital social de 18.000 euros. Por otra parte, tanto Octavio como Eusebio reconocen que el día 30 de marzo de 2004, CORPECC S.L. adquirió el 70% de las acciones de DIMACONSA, siendo el 30% restante la participación efectiva de Eusebio en dicha entidad. Y del extracto de cuenta de CORPECC, S.L. resulta que Octavio ingresó en dicha cuenta, por medio de ALPIMA 2 HOLDING S.L., 4.600 euros para la compra de acciones de DIMACONSA (el 30% del capital), Ángel Jesús otros 4.600 euros y Aurelio 1.800 euros (el 10% del capital, es decir, el mismo porcentaje de participación que en ISODIS). Estos hechos, como refiere la sentencia de primera instancia, fueron admitidos por los demandados al ser interrogados en el acto del juicio.

La pericial informática prueba, por la documentación rescatada del ordenador del Sr. Octavio , que éste ideó la constitución de esta sociedad. Así, consta del acta de una reunión celebrada el día 2 de marzo de 2004, dos días antes de la constitución de DIMACONSA, en la que se describe un plan para comenzar a operar, en la que se reparten tareas el propio Sr. Octavio , el Sr. Ángel Jesús , Eusebio , Montserrat y Aurelio , y en la que se prevé un presupuesto para el año 2004 y algunas cuestiones relativas a proveedores y clientes (ff. 613 y 614). Aunque los asistentes aparecen mencionados con iniciales, en otro documento anterior el Sr. Octavio explica el sentido de identificarse por letras, para mayor **secreto**, y a quien corresponde cada una de ellas (f. 646).

DÉCIMO: La nota simple del Registro Mercantil correspondiente a la sociedad SEREDAN, aportada como documento nº 36 de la demanda, prueba que dicha entidad fue constituida el 22 de enero de 2004, por Bernardo y Carmen , siendo su objeto social la instalación de productos para la construcción. Entre la información rescatada del ordenador empleado por Montserrat (ff. 687 y ss.) constan: comunicaciones recibidas de Carmen sobre la fecha en que se formalizaría la venta de participaciones y del Sr. Octavio dando indicaciones sobre la constitución de SEREDAN (distribución del capital social, su desembolso, firma de los contratos privados de compraventa, edición de catálogos...) -ff. 699 y 700-; el acta de una reunión de 27 de noviembre de 2003, de quienes iban a constituir y ser socios de SEREDAN, en el que se deja constancia de que no existe ningún nombre como ese y por lo tanto puede ser utilizado como denominación social, gestiones que debían realizarse para conseguir una oficina en Barcelona, el capital social de la entidad (18.000 euros), que las participaciones las fijarían Carmen y Octavio , algunos detalles sobre su constitución, cómo funcionaría comercialmente, fijación del comienzo de la actividad **empresarial** (2 de enero de 2004), que Montserrat debía proporcionar a través de IDAGLAS información de obras, precios, información de competencia, etc. Todo lo cual prueba que Octavio ideó también la constitución de la entidad SEREDAN que, por su objeto social, debía entrar en competencia indirecta con IDAGLAS, ya que se dedicarían a la instalación de materiales de construcción.



UNDÉCIMO: Lo que acabamos de exponer prueba que con anterioridad al día 2 de marzo de 2004 el Sr. Octavio y el Sr. Ángel Jesús , junto con otros (Aurelio , Montserrat , Eusebio ...), venían tramando la constitución de dos sociedades, ISODIS y DIMACONSA, que se constituyeron a continuación a través de otras personas, para desarrollar la misma actividad **empresarial** que las actoras, IDAGLAS y DISTRIPLAC. Estas dos entidades, ISODIS y DIMACONSA, comenzaron a operar muy pronto y, como lo prueba el informe de METODO 3, lo hicieron esencialmente con clientes que lo habían sido o seguían siéndolo de las actoras, entrando por lo tanto en competencia con ellas. También prueba que el Sr. Octavio , cuando menos desde el día 23 de noviembre de 2003, ideó y organizó, junto con Montserrat y otros, la constitución de una sociedad, SEREDAN, que por dedicarse a la instalación de material de construcción debía entrar en competencia indirecta con las sociedades del grupo RBR, constituyéndose formalmente dicha entidad en enero de 2004.

Todo lo cual es suficiente para apreciar el incumplimiento por parte del Sr. Octavio y del Sr. Ángel Jesús del pacto de no competencia asumido con la venta de sus participaciones en la actual IDAGLAS: al intervenir ambos en la constitución de dos sociedades, ISODIS y DIMACONSA, y en la organización de la empresa que desarrollaban como objeto social, entrando a continuación directamente en competencia con las actoras; y al promover Octavio la constitución de la sociedad SEREDAN que entraba en competencia indirecta con sociedades del grupo RBR. Y todo ello dentro del periodo que hemos considerado válido para que rigiera el pacto de no competencia.

DUODÉCIMO: En el contrato de compraventa de acciones se pactó una cláusula penal para el caso de incumplimiento por parte de Octavio y Ángel Jesús del pacto de no competencia, en concreto el 50% del importe que respecto del precio inicial de compra hubieran recibido, esto es 1.373.913,66 euros Octavio y 731.732,23 euros Ángel Jesús . Es indudable que el referido pacto de no competencia fue vulnerado, por lo que procedería aplicar la cláusula penal. El Juez Mercantil así lo hace, pero procede a moderar la pena en atención a dos circunstancias: que el incumplimiento no es total y que no ha afectado tanto a las actoras, pues no han disminuido significativamente sus facturaciones. Por ello modera la indemnización en un 30%.

El recurso de apelación, pretende desautorizar al Juez Mercantil insistiendo en la mala fe con que han actuado los demandados y en que los perjuicios ocasionados sí son relevantes. Frente a ello conviene tener en cuenta que, como recuerda la STS de 22 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6858), con cita de jurisprudencia más antigua, la posibilidad de moderar la pena prevista en el art. 1154 CC "es una facultad del Juez, y es independiente de la buena o mala fe del deudor y de la intensidad del perjuicio ocasionado (SS. 21 mayo 1948 [] y 8 marzo 1951 []), o, sea que tal reordenación depende exclusivamente del juicio discrecional de equidad del Juez de instancia".

Dejando claro lo anterior, y a la hora de revisar esta facultad moderadora, la Sala tiene en cuenta que el presupuesto previsto en el art. 1154 CC para hacerlo es que "la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida". En este sentido, la STS de 4 de octubre de 2007 (RJ 2007/6797), recogiendo la doctrina jurisprudencial al respecto, aclara que "es cierto que el presupuesto para la aplicación del artículo 1.154 es la existencia de un cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, de modo que el precepto resultaría inaplicable ante un incumplimiento total (sentencias de 30 marzo 1999 [], 7 febrero 2002 [] y 17 diciembre 2003 [], entre otras) como también en los supuestos en que el cumplimiento defectuoso o irregular es precisamente el tipo de incumplimiento sancionado con la pena, como ocurre en los casos de cláusula penal en que se prevé precisamente una sanción para la mora de alguna de las partes con subsistencia del contrato (sentencias de 10 mayo 2001 [], 7 febrero [] y 8 octubre 2002 [])".

Como apunta la doctrina, la finalidad del art. 1154 CC no reside en rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada (STS 13 de julio de 1984) sino en que las partes, al pactar la pena, pensaron en el caso de incumplimiento total y evaluaron la pena en consideración a esta hipótesis, de modo que si el incumplimiento no ha sido total resulta lógico pensar que en la intención de las partes no se deba íntegramente la pena, sino en proporción al pago parcial. En nuestro caso no parece que se cumpla este presupuesto, sobre todo si atendemos a la naturaleza de la obligación cuyo cumplimiento se pretendía garantizar con la pena, que no era de dar o hacer, sino de no hacer. El hecho de que la prohibición de competencia se extendiera en el tiempo, no permite hablar de un incumplimiento parcial cuando la infracción ocurre al cabo de un año y medio. El incumplimiento acaece siempre que la actividad desarrollada sea suficiente para considerar que implica competencia para IDAGLAS o cualquier compañía del grupo BPB, y acaezca dentro del plazo pactado. A estos efectos resulta irrelevante que de los tres años en que hemos considerado justificada la prohibición de competencia, los primeros 18 meses hubieran transcurrido sin quebrantamiento de esta prohibición, pues la pena no se pensó en atención a un posible incumplimiento inmediato, sino contando con que el mismo pudiera acaecer en cualquier momento dentro del tiempo convenido.

Prueba de ello es que en el mismo contrato, al prever la obligación asumida por el Sr. Octavio de permanecer como trabajador de IDAGLAS durante tres años, también se convino una cláusula penal para caso de



incumplimiento o despido disciplinario, y en este caso sí que se graduó la pena dependiendo de si ello acaecía dentro del primer año (1.202.025 euros) o después (601.012 euros). Luego si en este caso sí se previó una graduación de la pena, distinguiendo el momento de la terminación del contrato laboral, y en el caso del pacto de no competencia no, es que fue voluntad de las partes que en este último caso procediera la imposición de la pena siempre que se produjera el quebrantamiento de la prohibición, al margen del momento temporal en que se produjera.

En conclusión, la cláusula penal se pactó libremente, los demandados afectados por esta prohibición (el Sr. Octavio y el Sr. Ángel Jesús) debían ser conscientes de ello, y de hecho lo eran a juzgar por la clandestinidad en que desarrollaron su conducta, y a pesar de ello consciente y libremente asumieron el riesgo quebrantando la prohibición, luego procede su imposición en toda su extensión, sin limitación alguna. A este respecto conviene remarcar que ambos demandados deben asumir las consecuencias de sus propios actos: si cobraron una suma importante de dinero por la venta de sus respectivas participaciones en la actual IDAGLAS y se comprometieron durante un tiempo a no hacer competencia para asegurar la consolidación del fondo de comercio, conviniendo una cláusula penal para caso de incumplimiento, que es una parte significativa del precio recibido por la venta, no hay razón para que la verificación del quebrantamiento de la prohibición de no competencia dé lugar a la condena de los quebrantadores al pago de la pena convenida.

Motivo por el cual, procede condenar a Octavio a pagar de la suma de 1.373.913,66 euros, y a Ángel Jesús 731.732,23 euros.

DÉCIMO TERCERO: (In)validez del contrato de prestación de servicios suscrito por el Sr. Octavio , a través de ALPIMA 2 HOLDING, S.L., de fecha 10 de marzo de 2004

Según puede leerse en el contrato de compraventa de la actual IDAGLAS, de 12 de abril de 2002, el Sr. Octavio , que además de principal accionista (45,72% del capital social) era quien dirigía la compañía (Presidente y Consejero delegado del Consejo de Administración de la sociedad), se comprometió no sólo a no entrar en competencia sino también a "ocupar un puesto de trabajo en LA COMPAÑÍA durante un período mínimo de tres años naturales a contar desde la fecha de cierre" (pacto 4.1), pactándose a continuación una cláusula penal para caso de incumplimiento o de despido disciplinario. Consiguientemente con ello, IDAGLAS y el Sr. Octavio firmaron un contrato laboral en la misma fecha, el 12 de abril de 2002, con la referida obligación de permanencia de tres años y una cláusula penal, además de reiterarse la obligación de no competencia que se había pactado en el contrato de venta de la sociedad.

El 10 de marzo de 2004, el Sr. Octavio , a través de la sociedad ALPIMA 2 HOLDING, S.L., firmó un contrato de prestación de servicios de asesoramiento con IDAGLAS, que dejaba sin efecto, a partir del 31 de marzo de 2004, el contrato de trabajo de 12 de abril de 2002, quedando sin efecto la obligación de permanencia del Sr. Octavio con IDAGLAS, que renunciaba a cualquier indemnización.

La actora argumenta que este contrato de prestación de servicios de 10 de marzo de 2004 es nulo de pleno derecho, y ello porque a su juicio existió un vicio en el consentimiento de IDAGLAS, en concreto un error, pues desconocía entonces la actividad que había desarrollado el Sr. Octavio para constituir dos sociedades, ISODIS y DIMACONSA, para a través de las cuales entrar en competencia con IDAGLAS.

Es cierto que el error, en cuanto vicio del consentimiento, puede determinar la anulabilidad del contrato, conforme al art. 1265 CC . Pero no se trata de una nulidad absoluta, el error no excluye el consentimiento sino que lo vicia, siendo sus efectos los previstos en los arts. 1300 y ss CC . No cualquier error vicia el consentimiento, sino que debe ser intrínseco, esto es, que se refiera a circunstancias que tienen conexión natural con la función económico-social del contrato (art. 1266 CC). En este caso, desconocer por parte de IDAGLAS las actuaciones que hemos declarado probadas que había realizado clandestinamente el Sr. Octavio guarda relación directa con el contenido del contrato, por el que se sustituía la relación laboral por otra de prestación de servicios, a través de una sociedad del Sr. Octavio , quedando con ello liberado este último del pacto de permanencia y de la cláusula penal. Este error es relevante, pues es obvio que de no existir la actora no hubiera prestado su consentimiento.

Los efectos de la sentencia que declare la anulación del referido contrato, que en la actualidad se encuentra resuelto por incumplimiento contractual, son ex tunc y no ex nunc, por lo que pueden referirse al tiempo de su celebración, el 10 de marzo de 2004. Consiguientemente, además de la recíproca restitución de las prestaciones, cabría entender que el pacto por el que se declaraba extinguido el contrato laboral de 12 de abril de 2002 se consideraría también nulo desde su inicio, por lo que en puridad no se habría producido tal extinción, ni tampoco habría sido válida la renuncia a las indemnizaciones para caso de incumplimiento.

Pero de ahí no se sigue que, como pretende la actora, pueda reclamar el pago de la pena pactada para caso de quebrantamiento de la cláusula de permanencia. Dejando a un lado que el plazo de no permanencia excede del



límite de dos años previsto en el art. 21.4 ET , en cualquier caso, no consta que se cumplan los presupuestos para imponer la pena, pues debería haberse producido o bien que hubiera causado baja voluntaria o bien un despido disciplinario procedente firme. El hecho de que se hubiera podido instar un despido disciplinario no equivale a que se hubiera hecho, motivo por el cual procede desestimar la pretensión de la actora de que se imponga al Sr. Octavio la penalización de 601.012 euros.

El quebrantamiento del pacto de competencia queda cubierto por la cláusula penal convenida al efecto, por lo que no procede acumular la cláusula penal pactada para el quebrantamiento del pacto de permanencia.

DÉCIMO CUARTO: Actos de **competencia desleal**

La demanda denunciaba que los demandados habían llevado a cabo actos contrarios a la buena fe concurrencial del art. 5 LCD , de aprovechamiento de la reputación ajena del art. 12 LCD , de violación de **secretos** del art. 13 LCD , de inducción a la infracción contractual y a la terminación regular de los contratos del art. 14 LCD , de confusión del art. 6 y de imitación del art. 11 LCD .

El art. 5 LCD reputa desleal "todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe". Los hechos que según la demanda justificarían esta calificación serían: la venta por parte del Sr. Octavio y del Sr. Ángel Jesús de sus acciones en la actual IDAGLAS con el pacto de no competencia y que durante la vigencia del mismo hubieren constituido varias sociedades (ISODIS, DIMACONSA y SEREDAN) para contravenir la prohibición de competencia; que ISODIS hubiera utilizado información obtenida por ex trabajadores de IDAGLAS/DISTRIPALAC para contactar con clientes y proveedores de estas últimas, ofreciéndoles productos y servicios idénticos a los de las actoras, empleando las condiciones de pago y entrega ofrecidas por ésta últimas; realización de gestiones para que las estanterías del local que abandonaba IDAGLAS permanecieran para poder ser utilizadas a continuación por ISODIS que, a continuación, alquilaba dicho local; que ISODIS y DIMACONSA hayan utilizado información **empresarial** confidencial obtenida por los demandados como consecuencia de sus relaciones contractuales y laborales con IDAGLAS; y que el Sr. Octavio haya realizado viajes a Cuba a costa de IDAGLAS, para promocionar en realidad TRA-TING.

De todo lo anterior lo verdaderamente relevante para juzgar sobre un comportamiento desleal al amparo del art. 5 LCD , no es tanto el hecho de infringir el pacto de no competencia, lo que constituye propiamente una infracción contractual y da lugar a la acción de indemnización de daños y perjuicios, en este caso mediante la imposición de la cláusula penal pactada en el contrato de venta de empresa, sino el comportamiento del Sr. Octavio que estando todavía trabajando para IDAGLAS, y valiéndose de toda la información y documentación a la que tenía acceso por su posición en la empresa, creó, en colaboración con otros empleados de IDAGLAS, otra empresa (a través de varias sociedades) que comenzó a prestar los mismos servicios a los clientes que hasta ahora operaban con IDAGLAS y con DISTRIPALAC. Y es relevante en cuanto constituye un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, que la doctrina y la jurisprudencia viene incluyendo dentro de este art. 5 LCD (SAP Bar Se sanciona no tanto el constituir otra empresa que entre en competencia con IDAGLAS, como el hacerlo mientras trabajaba para ésta, aprovechándose de los medios y la información comercial de IDAGLAS. Propiamente, el responsable de esta conducta sería el Sr. Octavio , porque es quien la realiza estando todavía en IDAGLAS y de una forma relevante.

DECIMO QUINTO: Los actos que la demanda denuncia como aprovechamiento desleal de la reputación ajena serían: que "ISODIS y DIMANCOSA se están aprovechando de la reputación conseguida por mis representadas mediante su inversión personal y económica a lo largo de muchos años, para lograr la cuota de mercado de IDAGLAS y DISTRIPALAC sin realizar el más mínimo esfuerzo **empresarial**, utilizando la información obtenida de dicha compañía, asentándose en las antiguas instalaciones de la misma, imitando catálogos y tarifas de precios y explotando las técnicas de atención telefónica al cliente cuyo coste sufragó mi representada".

Pero estos hechos, si bien pueden corroborar un aprovechamiento del esfuerzo ajeno, que hemos sancionado como conducta tipificada dentro del art. 5 LCD , no lo son en absoluto de aprovechamiento de la reputación ajena. El art. 12 LCD considera desleal "el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado". Y, como hemos recordado en ocasiones anteriores, este precepto "trata de proteger, además del mercado, al competidor que ha logrado reputación industrial, comercial o profesional, y tipifica como desleal cualquier comportamiento adecuado para producir como resultado el aprovechamiento de las ventajas que la misma proporciona" [Sentencia 24 abril 2001 (AC 2001/1036)]. Aunque la acción puede ser de cualquier tipo, con tal que tenga aptitud para producir aquél efecto, que la cualifica y define, normalmente consistirá en el empleo de signos distintivos ajenos, notorios o implantados en el mercado y, además, con buena fama o reputación o prestigio. Pero, en cualquier caso, la acción no se refiere ni a la imitación de las prestaciones, amparadas en su caso por el art. 11 LCD , ni tampoco a la utilización de información extraída de la actora, sino como en el caso del art. 6 LCD a la forma de presentación de las prestaciones que induzca a asociarla a un origen



empresarial bien reputado en el mercado, con idea de aprovecharse de las ventajas de tal reputación. Nada de lo cual ocurre en el presente caso, por lo que procede desestimar esta pretensión, sin necesidad de entrar a desgranar los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para la aplicación del art. 12 LCD .

DECIMO SEXTO: La demanda califica de violación de **secretos**, tipificada en el art. 13 LCD , la utilización por los demandados de los listados de clientes y proveedores de IDAGLAS y DISTRIPAC, así como la información relativa a las condiciones de pago y cobro, plazos de entrega, financiación... que ambas sociedades ofrecen a sus clientes.

Como hemos recordado en las Sentencias de 27 de julio de 2005 (RA 543/2004) y 28 de noviembre de 2005 (RA 376/04), "(E)l artículo 13 LCD describe como desleal la divulgación o explotación de **secretos empresariales**, sean **secretos** industriales o comerciales, a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el artículo 14 , o cuya adquisición haya tenido lugar por medio de espionaje o procedimiento análogo. Es necesario, para que la conducta merezca la calificación de desleal, añade el apartado 3, que la finalidad perseguida sea obtener provecho, propio o de un tercero, o perjudicar al titular del **secreto**.

Sobre qué deba entenderse por **secreto**, pues de tal concepto depende la protección que dispensa la norma, nada dice la Ley de **Competencia Desleal**, pero, como hemos venido sosteniendo, ese vacío puede integrarse acudiendo al artículo 39.2 .a) y b) del Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC; BOE de 24 de enero de 1995), que ordena a los Estados miembros garantizar una protección eficaz contra la **competencia desleal** respecto de aquella información no divulgada que esté legítimamente bajo el control de las personas físicas o jurídicas, impidiendo que se divulgue a terceros o que sea utilizada por terceros sin su consentimiento, de manera contraria a los usos honestos, en la medida en que (a) sea secreta, en el sentido de que no sea conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; (b) que tenga un valor comercial por ser secreta, y (c) que haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

Se trata, en suma, de un conocimiento o información que no es notoria; que tiene para la empresa un valor económico, actual o potencial, por suponer una ventaja para el empresario frente a los competidores que la desconocen; y respecto de la cual se adopten medidas razonables y apropiadas para preservarla o evitar su divulgación, tanto hacia el exterior, impidiendo que los terceros puedan acceder a la misma, como hacia el interior, disponiendo lo necesario para que solamente puedan acceder a ella únicamente empleados o colaboradores que por sus funciones en la organización **empresarial** deban conocerla o manejarla, y siempre sometidos a un deber de **secreto**".

La documentación supuestamente sustraída y trasladada a ISODIS y DIMACONSA es cierto que no se reduciría a un mero listado de clientes de las actoras, y que alcanzaría también a información operativa y comercial de dichos clientes, así como catálogos y tarifas, y a un manual de atención de llamadas telefónicas. Si bien dicha información, sobre todo la relativa a los clientes, tiene un claro valor comercial, pues con ella era posible abreviar el tiempo y los costes de la puesta en funcionamiento de la empresa y conocer cómo prestar un servicio adecuado y rentable a clientes concretos y determinados, en algún caso es una información notoria, como ocurre con los catálogos y tarifas, y en otros no, pues es en su mayor parte específica, extraída de la experiencia concreta. Pero en cualquier caso sobre esta información no consta ni que los directivos tuvieran un especial deber de **secreto** ni que la empresa hubiera adoptado medidas razonables para mantenerla secreta. Siendo en su mayor parte información precisa de operaciones prestadas por la empresa, era conocida por quienes participaban en ella, que por su volumen y especificidad era imposible o muy difícil de retener en la memoria.

Como argumentábamos en un supuesto muy similar (Sentencia de 22 de septiembre de 2006 [RA 211/06]), en atención al contenido de aquella información, si la hubieran retenido en la memoria, su aplicación a la nueva empresa no hubiera constituido una revelación/explotación de **secretos**, al confundirse con la experiencia laboral. Por ello, la ilicitud de la conducta no radica en la revelación/explotación de **secretos**, sino en haber sustraído por un medio muy fácil y accesible a los demandados, por razón de su cargo, los archivos informáticos que contenían esta información, copiándola y traspasándola a sus ordenadores; haberlo hecho aprovechándose de su situación en IDAGLAS; y que ello haya permitido consumir la captación de clientela, pues favorecía, sin ningún esfuerzo previo y aprovechándose del realizado por IDAGLAS, prestar el mismo servicio que esta empresa realizaba para aquellos clientes, al disponer de la información operativa y comercial exacta de cada cliente. Esto es, el ilícito concurrencial es el antes descrito de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, sin que la sustracción y utilización de la referida información constituya además una violación de **secretos**.



DECIMO SÉPTIMO: La demanda denuncia dos tipos de conductas tipificadas en el art. 14 LCD : de una parte, la inducción a la infracción contractual (art. 14.1 LCD) y, de otra, la inducción a la terminación regular de los contratos (art. 14.2 LCD).

Según la demanda, el Sr. Octavio habría inducido a los Sres. Ángel Jesús y al Sr. Aurelio a contravenir los pactos contractuales de no competencia. Sin embargo, la prueba practicada lo que muestra no es propiamente una inducción, sino una actuación concertada de todos ellos. Existe un auténtico concierto de voluntades de todos ellos, sin perjuicio de que haya una coordinación y dirección por parte del Sr. Octavio . Razón por la cual no cabe apreciar la existencia de una inducción a la infracción contractual.

Por lo que se refiere a la terminación regular de los contratos de trabajo, la demanda imputa al Sr. Octavio haber inducido, a través de la Sra. Montserrat , a dos empleados de IDAGLAS, Rodolfo y Gabino , y a la propia Sra. Montserrat a extinguir sus relaciones laborales con IDAGLAS. Una terminación regular de estos tres contratos de trabajo tan sólo podrían constituir actos de **competencia desleal** si, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 14 LCD , hubiera tenido por objeto la difusión o explotación de un **secreto empresarial**, o hubiera ido acompañado de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor u otras análogas. Como ya hemos expuesto anteriormente, la información que hubieran podido llevarse, relativa a los clientes de IDAGLAS no es propiamente **secreto empresarial**, por lo que no cabe acudir a esta circunstancia para calificar desleal la inducción a esta terminación de la relación laboral. Y tampoco consta que ello se hubiera llevado a cabo con engaño a los trabajadores ni tampoco que la finalidad perseguida fuera eliminar del mercado a IDAGLAS, razón por la cual procede desestimar también esta pretensión.

La demanda también deja entrever una inducción a la infracción de los contratos que los clientes tuvieran con las actoras, como consecuencia de la captación de clientela. Pero en ningún momento se denuncia que existiera algún contrato de tracto sucesivo que hubiera sido resuelto como consecuencia de la conducta de los demandados, sino simplemente que clientes de IDAGLAS, que habitualmente contrataban con ella, esto es realizaban sucesivos contratos de tracto único, en un momento determinado dejan de hacerlo, total o parcialmente, y pasan a contratar con ISODIS o DIMACONSA. Ello no es ni una infracción contractual ni siquiera una terminación de un contrato, sino simplemente que, siendo libres los clientes de contratar con quienes prefieran, dejando de hacerlo con un proveedor para hacerlo con otro, sin existir ningún contrato que les vincule con el primero.

DECIMO OCTAVO: Finalmente, la demanda califica indistintamente de actos de confusión (art. 6 LCD) y de imitación (art. 11 LCD) el que ISODIS y DIMACONSA hayan contactado con la editora de los catálogos y tarifas de precios de las actoras, y hayan copiado el formato y el contenido de los mismos para difundirlos en el mercado, generando riesgo de asociación.

Como ya hemos expuesto en otras ocasiones, entre ellas en la Sentencias de 30 de diciembre de 2000 (JUR 2004/1999) y 15 de noviembre de 2005 (RA 254/05), "(L)a acción desleal esta descrita en el artículo 6 en unos términos muy amplios, ya que puede consistir en cualquier tipo de práctica. Todo comportamiento, en la terminología legal, siempre que sea apto para provocar el riesgo que se trata de eludir. El resultado, de peligro, vinculado a ese comportamiento, cual a su causa, no es otro que su idoneidad para crear confusión sobre la actividad o empresa con la que se entra en relación, el establecimiento que se visita o la procedencia **empresarial** de los productos o servicios que se adquieren o contratan. Ya se entienda aquella en sentido estricto, mediato (como presentación, en este caso, de las prestaciones de un sujeto como las de otro distinto) o inmediato (como creencia equivocada del consumidor de que los productos, distintos, proceden del mismo origen, porque los signos que los identifican son los mismos o semejantes), ya en sentido amplio o como riesgo de asociación (o creencia equivocada de que, pese a no ser idéntico el origen **empresarial**, existen entre el titular del signo imitado y el imitador unos vínculos jurídicos o económicos que explican la imitación).

En definitiva, el precepto tutela la decisión en el mercado del consumidor, poniéndolo a resguardo del peligro de error, que, en este caso, sería sobre el origen **empresarial** de los productos que adquiere, ante la denunciada imitación de la forma de presentación de los de dos empresarios distintos y no vinculados jurídica ni económicamente". En contraposición a los actos de imitación tipificados en el art. 11 LCD , los actos de confusión del art. 6 LCD se refieren a los medios de identificación y a la presentación de los productos y servicios en el mercado empleados por un empresario, y no propiamente a dichas prestaciones, que sí entran dentro de la regulación del art. 11 LCD .

Es cierto que como se desprende de los catálogos aportados con la demanda de las actoras y de las sociedades demandadas (documentos 25 a 30 y 35), éstos son muy parecidos, pues incluyen las mismas fotografías, el diseño es similar y la distribución de contenidos también, lo que afecta a la presentación, pero ello no es suficiente para generar riesgo de asociación, pues éste queda diluido por el empleo de signos



distintivos muy diferentes, que no admiten ninguna duda, ni permiten advertir una relación de asociación entre unas y otras sociedades.

Y respecto de la imitación de prestaciones, estas consistirían en ofrecer el mismo catálogo y tarifas de precios. Al respecto conviene recordar que la Ley de **competencia desleal** parte de la consideración de que, en principio, la imitación de prestaciones ajenas es libre. Tan sólo limita esta libre imitabilidad de las prestaciones ajenas en tres supuestos: cuando la prestación esté amparada por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley (art. 11.1 LCD); cuando la imitación de prestaciones resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajeno, siempre que no sea inevitable (art. 11.2 LCD); y cuando se trata de una imitación sistemática "encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado..." (art. 11.3 LCD). De la lectura de los fundamentos jurídicos de la demanda parece que se justifica la deslealtad de la imitación en que se habría realizado aprovechándose de la reputación de las actoras, conseguida a lo largo de los años como consecuencia de su esfuerzo **empresarial**. Pero para ello hubiera sido necesario acreditar que tales catálogos y tarifas de precios tienen una singularidad competitiva y gozan de reconocimiento en el tráfico, de lo que no queda constancia en los autos, motivo por el cual tampoco procede apreciar este ilícito concurrencial.

DÉCIMO NOVENO: En conclusión, tan sólo hemos declarado la existencia de una conducta constitutiva de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, incardinada por la doctrina y la jurisprudencia dentro de este art. 5 LCD, imputable a Octavio. A la vista de las acciones de **competencia desleal** ejercitadas, conforme al art. 18 LCD, la Sala advierte que procede en primer lugar declarar la conducta desleal. Por lo que respecta a las acciones de condena, deberíamos analizarlas individualmente, pero sólo aquellas que guarden relación con la conducta finalmente apreciada desleal. Esto es, obviaremos las acciones que se fundaran en: los actos de confusión e imitación, la violación de **secretos**, la inducción a la infracción contractual y el aprovechamiento de la reputación ajena.

La acción de cesación presupone que las conductas que han sido declaradas de **competencia desleal** continuaban realizándose al tiempo de presentarse la demanda, pues lo que se pretende con esta acción es que concluyan las referidas conductas. Es este el interés que justifica el ejercicio de la acción, que caso de ser estimada dará lugar a una condena de no hacer. Como la acción de cesación requiere la subsistencia de la conducta ilícita al tiempo de ejercitarse la acción, de no darse esta circunstancia no puede estimarse, sin perjuicio de que, caso de haberse solicitado, sí cupiera una condena a no reproducir el comportamiento ilícito concurrencial, bastando para ello que existiera una simple probabilidad hipotética, no exigiéndose por lo tanto la existencia de un riesgo concreto de reiteración.

En el presente caso la única conducta que ha sido declarada desleal, el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, en la medida en que ocurrió en un tiempo determinado, cuando el Sr. Octavio trabajaba para IDAGLAS, y esta relación ha terminado, podemos concluir que se había consumado antes de presentarse la demanda, sin que exista riesgo de que se vuelva a reproducir.

Pero el hecho de que los actos ya se hayan consumado y no sigan realizándose, lo que impide la condena a la cesación, no excluye que los efectos de esos actos se prolonguen en el tiempo y pueda exigirse la remoción de dichos efectos. No obstante, esto último en este caso es muy difícil, pues no cabe justificar al amparo de ello la prohibición de seguir contactando con y atendiendo a clientes que antes lo habían sido de IDAGLAS, ya que estos clientes son libres de contratar con quien quieran, sin que pueda disponerse de ellos como si de un bien susceptible de dominio se tratara. En todo caso, ello debería dar lugar a una indemnización por la clientela perdida como consecuencia de la conducta desleal.

Pero a este respecto, conviene caer en la cuenta que este perjuicio denunciado en la demanda, derivado de la pérdida de la clientela, que además se cuantifica en 465.052 euros, ya se encuentra cubierto por la indemnización derivada del incumplimiento del pacto de exclusiva, cubierta a su vez por la cláusula penal de 1.373.913,66 euros., pues esta pérdida de clientela, e incluso los gastos generados para la averiguación de los hechos, no son perjuicios exclusivos del acto de **competencia desleal** sino que son los mismos ocasionados por la infracción del pacto de no competencia. La referencia que la cláusula penal hace a "sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios que se deriven de tal incumplimiento" de acuerdo con lo establecido en el art. 1152 CC debe entenderse, en este caso, si su valoración excediera de la pena convenida, gozando por lo tanto la cláusula penal de una naturaleza no sólo sancionadora sino también indemnizatoria. Así se desprende de una interpretación literal y sistemática del pacto contractual, que continuamente emplea el término indemnización para referirse a la pena convenida. Razón por la cual no cabe acumular a la imposición de la cláusula penal, que tiene una función indemnizatoria y sancionadora, otra indemnizatoria de los mismos perjuicios cubiertos por la pena.



Finalmente, la demanda solicitaba la publicación de la sentencia en un periódico de alcance estatal y en dos de alcance provincial, uno en Zaragoza y otro en Barcelona. Esta pretensión se ejercita al amparo del art. 18.5 LCD , que incluye junto a la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios, la de instar la publicación de la sentencia.

Esta acción de difusión, teóricamente, responde a una doble finalidad: el resarcimiento "in natura" de la mala imagen que se hubiere podido causar a las actoras y paliar los efectos perniciosos generados por las conductas infractoras. Lo primero no cabe en este caso, pues no se ha producido aquel efecto, siendo ello más propio de otro tipo de actos desleales como los de confusión, de denigración, de engaño, de imitación y de aprovechamiento de la reputación ajena. Sin embargo, si que cabe pensar que los efectos ocasionados sobre la clientela pueden quedar paliados si se les informa de lo ocurrido, para lo cual no es necesario acudir a la publicación en un diario de información general, sino que basta una revista especializada del sector de la construcción, de ámbito nacional, pues con ello se asegura mejor que la información llega a quienes deben ser sus destinatarios. De este modo, a costa del demandado Sr. Octavio , deberá insertarse la publicación del fallo de esta sentencia, que recoge la declaración del acto de **competencia desleal** y la consiguiente condena, en una revista especializada de la construcción.

VIGESIMO: Estimados parcialmente ambos recursos de apelación no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

FALLAMOS

ESTIMAR parcialmente los recursos interpuesto por la representación de Octavio , ALPIMA 2 HOLDING, S.L. y Ángel Jesús , de una parte, y por la representación de DISTRIPAC, S.L. y IDAGLAS, S.L., de otra parte, contra la sentencia del Juzgado mercantil nº 2 de Barcelona, de 6 de octubre de 2006 , cuyo fallo consta transcrito en el hecho primero, que modificamos en el siguiente sentido:

DECLARAMOS que Octavio y Ángel Jesús han incumplido los pactos de no competencia suscritos en el contrato de compraventa de acciones de 12 de abril de 2002; y que Octavio ha llevado a cabo actos de aprovechamiento del esfuerzo ajeno respecto de IDAGLAS, en los últimos meses en que estuvo contratado por ésta, que son contrarios a la buena fe del art. 5 LCD .

CONDENAMOS a Octavio a pagar a las actoras la suma de 01.373.913,66 euros y a Ángel Jesús a pagar a las actoras la suma de 731.732,23 euros.

CONDENAMOS a Octavio a publicar el fallo de esta sentencia en una revista especializada de la construcción, de ámbito nacional.

Y ABSOLVEMOS a los demandados del resto de las pretensiones contra ellos ejercitadas en la demanda.

Todo ello sin que proceda hacer expresa condena en costas ni en primera instancia ni en esta alzada.

Firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente Don IGNACIO SANCHO GARGALLO, celebrando audiencia pública. DOY FE.