



Roj: **SAP B 7494/2007 - ECLI:ES:APB:2007:7494**

Id Cendoj: **08019370152007100194**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **04/07/2007**

Nº de Recurso: **442/2006**

Nº de Resolución: **369/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 1, 07-03-2006,
SAP B 7494/2007**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

rollo nº 442/06-3ª

JUICIO ORDINARIO Nº 113/2005

JUZGADO MERCANTIL Nº 1 DE BARCELONA

SENTENCIA Núm. 369/2007

Ilmos. Sres.

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. LUIS GARRIDO ESPA

D. JORDI LLUIS FORGAS I FOLCH

En la ciudad de Barcelona, a cuatro de julio de dos mil siete.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio ordinario, número 113/2005 seguidos ante el Juzgado mercantil número 1 de Barcelona, a instancia de DEGRA, S.L., representada por el procurador Antonio Anzizu Furest, contra Plácido y AUTET CAT, S.L., representados ambos por el procurador Josep María Verneda Casasayas. Estos autos penden ante esta Sala en virtud del recurso apelación interpuesto por la actora contra la sentencia dictada en dichos autos el día 7 de marzo de 2006.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor siguiente: "Desestimar la demanda interpuesta por DEGRA, S.L. frente a AUTET CAT, S.L. y D. Plácido, absolviendo a los demandados de las pretensiones frente a ellos ejercitadas con expresa condena a la actora al pago de las costas del juicio".

SEGUNDO: La representación procesal de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia y, admitido 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 21 de junio de 2006.

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: Como muy bien se expone en la sentencia de primera instancia, la actora (DEGRA, S.L.) acumula una pluralidad de acciones de **competencia desleal** contra quien fuera empleado suyo, Plácido , y la contra sociedad AUTET CAT, S.L., que se fundan en los siguientes hechos: DEGRA, S.L. distribuía productos congelados de la marca FREISER (del grupo PESCANOVA) a domicilio y en Cataluña, hasta que el 6 de octubre de 2003 PESCANOVA resolvió el contrato de distribución; unos días antes, el 19 de septiembre de 2003, el Sr. Plácido , que era supervisor de ventas de DEGRA, rescindió unilateralmente su contrato con esta empresa; el 3 de noviembre de 2003, el Sr. Plácido constituyó la sociedad AUTET CAT, S.L., que en enero de 2004 comienza a distribuir productos congelados FRISER entre quienes hasta ahora habían sido clientes de la actora; en fechas sucesivas se fueron incorporando a AUTET CAT tres antiguos trabajadores de DEGRA; y, finalmente, los demandados han realizado actos de denigración de la actora. Estos hechos, a juicio de la actora, se encuadran dentro de los ilícitos concurrenciales tipificados en los arts. 9, 12, 14 y 5 de la Ley de **Competencia Desleal** .

La sentencia dictada en primera instancia por el Magistrado de lo mercantil, tras un análisis muy bien estructurado y exhaustivo de los hechos denunciados, las pruebas practicadas y la calificación jurídica que merecen los hechos declarados probados, concluye que no ha existido ningún acto de **competencia desleal** y desestima íntegramente la demanda.

Esta sentencia es recurrida por la actora, quien muestra su disconformidad con la apreciación de la prueba realizada por el Magistrado de lo mercantil y con la interpretación y aplicación de los tipos legales cuya infracción se denunciaba, y reitera las pretensiones ejercitadas en la primera instancia, que por ello vuelven a ser objeto de enjuiciamiento en esta alzada.

SEGUNDO: Dejando a un lado los actos de denigración denunciados, que serán analizados al final, el resto de los actos de **competencia desleal** que la actora imputa a los demandados giran en torno a los siguientes hechos no controvertidos:

1º La actora, DEGRA, era distribuidora en Cataluña de los productos congelados FREISER, pertenecientes al grupo PESCANOVA, hasta que esta última resolvió el contrato de distribución el 6 de octubre de 2003;

2º El demandado, Sr. Plácido , había sido supervisor de ventas de DEGRA hasta que unilateralmente resolvió su contrato el día 13 de septiembre de 2003, esto es, unas semanas antes de la resolución del contrato de FREISER;

3º El Sr. Plácido , después de cesar en su relación laboral con DEGRA, y después también de que PESCANOVA resolviera su contrato de distribución con DEGRA, constituyó la sociedad AUTET CAT, S.L., el 3 de noviembre de 2003.

4º AUTET CAT, S.L. empezó a distribuir productos congelados FREISER desde enero de 2004, siendo muchos de sus clientes quienes hasta primeros de octubre habían recibido estos mismos productos a través de DEGRA.

5º Tres trabajadores de DEGRA abandonaron voluntariamente la empresa (Benito el 10 de octubre de 2003, Rosario el 13 de diciembre de 2003 y Benedicto el 16 de enero de 2004) y pasaron a trabajar para AUTET CAT, S.L.

Sobre estos hechos pivota la calificación de deslealtad de la conducta de los demandados, que según la demanda se encuadran -al margen de los actos de denigración- en los tipos previstos en los arts. 14, 12 y 5 LCD . La Sala hace suyos los acertados argumentos de la sentencia recurrida, sin perjuicio de lo que a continuación exponemos.

TERCERO: En sí mismo, el que el Sr. Plácido , después de haber trabajado como supervisor de ventas de DEGRA, resuelva unilateralmente su relación laboral con esta empresa y pase a desarrollar una actividad comercial similar a la que desarrollaba antes con DEGRA, pero esta vez por cuenta de una sociedad por él constituida, no supone ningún ilícito concurrencial, ni tampoco ningún ilícito contractual, pues ni si quiera se ha acreditado que existiera una cláusula de no concurrencia en el contrato que le unía con DEGRA. En realidad, como recuerda la STS 11 octubre 1999 (RJ 1999/7323) en un caso similar, invocando el principio constitucional de libertad de empresa y el principio de libre competencia, la sociedad actora no puede impedir a un empleado suyo -ahora demandado- que deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante, para la que esta profesionalmente preparado, si no consta una cláusula de no concurrencia.

Por otra parte, de la simple concatenación de hechos no se desprende que el Sr. Plácido hubiera podido incurrir en un acto de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, bajo la modalidad de captación de clientela, que la doctrina y esta Sala en alguna ocasión ha incluido dentro del art. 5 LCD .



La doctrina ejemplifica la captación de clientela como un supuesto de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, cuando es realizada por un directivo, comercial o técnico de la empresa, mientras está trabajando para esta y aprovechándose de los medios que dicha empresa pone a su disposición, y la encuadra dentro del art. 5 LCD. A ello parece que se refiere la STS de 19 de octubre de 1999, y sin duda alguna la sentencia de esta sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de veintidós de septiembre de dos mil seis (RA 211/06). Pero en aquellos casos había prueba fehaciente de que los clientes habían sido captados gracias a la actuación llevada a cabo por los directivos y trabajadores de la empresa expoliada, mientras trabajaban con ella y aprovechándose de los medios de esta empresa.

Sin embargo no ocurre lo mismo en el presente caso porque, por una parte, no consta, ya que ni siquiera ha sido alegado en la demanda, que durante el tiempo en que el Sr. Plácido trabajó para DEGRA se hubiera aprovechado de los medios de esta última y de la posición que ocupaba en la empresa para desviar clientes hacia su propia empresa; y, de otra, es muy significativo que la resolución del contrato de distribución entre PESCANOVA y DEGRA sea posterior, como también lo es en casi dos meses la constitución de la sociedad AUTET CAT, S.L. y en cuatro meses el comienzo por esta sociedad de la actividad de distribución de productos congelados FREISER. Este devenir de hechos impide advertir que haya existido una desviación de clientela por parte del Sr. Plácido, mientras trabajaba para DEGRA, a favor de su propia empresa o de un tercero. La denunciada captación de clientela es posterior a la desvinculación del Sr. Plácido con DEGRA, y en concreto cuatro meses posterior, pues hasta enero de 2004 no consta que la sociedad por él constituida empezara a distribuir los productos de FREISER.

CUARTO: La demanda otorga mucha relevancia a la captación de la clientela llevada a cabo por los demandados, pero el análisis de los hechos descritos en la demanda a través de los cuales ésta se habría realizado impide calificarlos de actos de **competencia desleal**. En concreto, en el hecho décimo se afirma: "el Señor Plácido, gran conocedor de la cartera de clientes de mi representada, se sirve de esta circunstancia para acudir directamente a los domicilios de aquellos actuando bajo la denominación de la sociedad que ha creado y aprovechando que es conocido por los mismos merced a que durante tres años ha realizado la misma operación como vendedor de DEGRA, S.L., consigue convertirlos en consumidores y clientes de su entidad, al tiempo que los sustrae de la cartera de DEGRA, S.L."

La actora no puede perder de vista que si bien el fondo de comercio, representado fundamentalmente por sus clientes, es un activo importante de la empresa, no goza respecto del mismo de un derecho de dominio ni de ningún otro que, salvo que exista un contrato de tracto sucesivo sujeto a término, fidelice estos clientes y asegure una determinada facturación. No constituye ningún acto ilícito que, una vez resuelto un contrato de distribución con una empresa importante de producto congelado, quien hasta hacía poco había sido empleado de la actora pase, al cabo de unos pocos meses, y mediante una sociedad por él constituida, a distribuir aquellos productos FREISER, aunque para ello entre en competencia con la actora, pues esta competencia es lícita. Una vez cesada la relación laboral con DEGRA, nada impedía al Sr. Plácido dirigirse a quienes había conocido como clientes de DEGRA para ofrecerles los mismos productos, distribuidos ahora por una empresa constituida por él mismo, pues no existe ninguna cláusula de prohibición de concurrencia.

No constituye ningún aprovechamiento del esfuerzo ajeno por parte del Sr. Plácido que aplique en su nueva empresa, una vez cesada su relación contractual con DEGRA, los conocimientos y las relaciones con proveedores y clientes adquiridos cuando trabajaba para aquella empresa. Así lo entiende la jurisprudencia cuando en la STS de 24 de noviembre de 2006 considera que: "No pueden ser objeto de **secreto empresarial** –art. 13 L 3/1991 de 10 Ene. (**competencia desleal**) (LA LEY-LEG. 109/1991)– aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesionales de carácter general de un sujeto, ni tampoco el conocimiento y relaciones que pueda tener con la clientela, aun cuando dichas habilidades o capacidades se hayan adquirido en el desempeño de un puesto determinado o de unas concretas funciones desarrolladas para un determinado empleador". Esta consideración fue realizada para dejar constancia de que en el aquel caso enjuiciando, como en el presente, no constaba que "se hayan utilizado otros elementos que los obtenidos a través de la propia experiencia de quienes, habiendo sido empleados de la actora, ejercen después esas mismas funciones para la sociedad demandada".

En su recurso de apelación, la actora otorga mucha importancia al listado de clientes, al que no mencionaba en su demanda, pues pretende hacer ver ahora que el demandado se habría apropiado del mismo para llevar a cabo la captación de clientela. Al margen de que se trata de un hecho no vertido en la demanda, por lo que en principio no podría ser tenido en cuenta, no existe ninguna prueba de que haya existido por parte del Sr. Plácido una apropiación física del listado de clientes y concurren sin embargo otras circunstancias que explican como los demandados han llegado lícitamente a distribuir los productos FREISER a clientes que habían sido de DEGRA y, no lo olvidemos, también de PESCANOVA en cuanto destinatarios de sus productos FREISER:



1º En primer lugar, que los clientes a los que se hace referencia lo eran de los productos FREISER distribuidos por DEGRA, que una vez cesado DEGRA en la distribución de estos productos, continuaran adquiriéndolos por otro distribuidor, AUTET CAT, S.L., que respecto de la distribución de dichos productos no entra en competencia con DEGRA, porque esta última ya no puede distribuirlos, sin perjuicio de que sí pueda entrar en competencia distribuyendo productos congelados de marcas diferentes;

2º En segundo lugar, que la lista de clientes a los que DEGRA distribuía productos congelados FREISER era conocida por PESCANOVA, que lógicamente está en condiciones de poner a disposición de sus nuevos distribuidores;

3º y, finalmente, que el Sr. Plácido había sido supervisor de ventas de DEGRA durante un tiempo, por lo que tenía un gran conocimiento de estos clientes, como la propia demanda reconoce en el pasaje antes transcrito; y dos de los antiguos empleados de DEGRA incorporados a AUTET CAT eran comerciales, y por lo tanto tenían una relación directa con los clientes.

QUINTO: Como ya hemos expuesto antes y ha sido reconocido por ambas partes, tres trabajadores de DEGRA abandonaron voluntariamente la empresa (Benito el 10 de octubre de 2003, Rosario el 13 de diciembre de 2003 y Benedicto el 16 de enero de 2004) y pasaron a trabajar para AUTET CAT, S.L. La demanda denunció que un cuarto trabajador, el Sr. Luis María , también rescindió su contrato con DEGRA para incorporarse a AUTET CAT, S.L. pero esto último no se ha acreditado. La demanda, cuando trata de encuadrar estos hechos en las conductas tipificadas en el art. 14 LCD, se limita a afirmar que aquellos tres trabajadores fueron inducidos por el Sr. Plácido y que:

"Tal inducción se deduce, entre otras cosas, por el hecho de que la mayoría de los trabajadores que causaron baja voluntaria en la empresa de mi principal, trabajan ahora para la sociedad constituida por el Sr. Plácido , además de que tales bajas se produjeron, como se tiene dicho, de forma casi simultánea a la marcha de éste.

Además debe tenerse muy en cuenta que si el Sr. Plácido requirió, a través de su sociedad, a los trabajadores de DEGRA, S.L. fue, no por pretender aprovechar sus mayores o menores dotes como profesionales del ramo, sino para beneficiarse de los conocimientos que éstos habían adquirido trabajando para DEGRA, S.L., que asumió los gastos de formación, aprovechándose también de la información que tales trabajadores conocen merced a su trabajo desempeñado en DEGRA, S.L.

Debe resultarse que tal inducción fue urdida mientras el Sr. Plácido trabajaba, todavía, para DEGRA, S.L. pero su ejecución y consumación se produjo cuando ya prestaba sus servicios a PESCANOVA, S.A. Por lo tanto, a la incitación debe sumarse la consecución de tan desleal propósito".

Sin embargo nada de lo aducido se encuentra tipificado en el art. 14 LCD : el mero hecho de cesar voluntariamente como trabajador de una empresa y pasar a prestar los mismos servicios o parecidos para otra de la competencia, siempre y cuando no exista ninguna cláusula de no competencia, no constituye ningún ilícito concurrencial ni contractual; y el que los trabajadores contratados tengan unos especiales conocimientos adquiridos en la empresa de procedencia, de interés para poder prestar servicios a clientes que hasta ahora lo eran de aquella empresa, tampoco convierte en ilícita su contratación.

Tan sólo cabría imputar a los demandados la conducta tipificada en el primer apartado del art. 14 LCD, si hubiera existido una inducción a los tres reseñados trabajadores a infringir sus deberes básicos contraídos con DEGRA dentro del marco de su relación laboral, y ni siquiera se han denunciado tales incumplimientos contractuales.

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. Aunque la demanda omite cualquier referencia a estas circunstancias, lo que obviaría su examen, puestos a analizarlas tampoco se advierte que concurran.

En primer lugar porque no constan los **secretos empresariales** de DEGRA que los demandados querían explotar aprovechando la contratación de los tres ex empleados de la actora. La supuesta relación de clientes, como se ha pronunciado en alguna ocasión la jurisprudencia, no es propiamente un **secreto** industrial (SSTS de 19 de octubre de 1999 y 17 de enero de 2002), y contratar a dos comerciales de una empresa competidora para aprovecharse del conocimiento que tienen de los clientes que hasta ahora adquirirían productos congelados FREISER no constituye ningún acto ilícito, pues como ya hemos apuntado, mientras estos trabajadores no estén afectados por una cláusula de no concurrencia, pueden emplear los conocimientos, informaciones y relaciones adquiridas mientras trabajaban en otra empresa para ponerlas al servicio de su propia empresa o de otra para la cual pasan a prestar servicios.



El testimonio prestado por los tres trabajadores desvela que no fueron contratos con engaño, sino siendo conscientes de que la actora había perdido la distribución de los productos de PESCANOVA y que esta distribución se la adjudicaban a la empresa del Sr. Plácido . Y no existe ningún indicio que permita concluir que la intención de los demandados al contratar a estos tres trabajadores era eliminar a la actora del mercado. Lo que se sanciona no es el efecto de la eliminación del competidor del mercado, sino el perseguir este objetivo mediante la inducción a trabajadores de dicha empresa para que la abandonen. No sólo no existe prueba de tal intención, sino que de lo acaecido lo que se desprende es que la contratación de estos trabajadores vino motivada no para eliminar a la actora sino para asegurar la distribución de los productos FREISER, esto es para lograr el cumplimiento con éxito de la distribución de productos PESCANOVA.

En realidad, la precaria situación de la actora, denunciada en la apelación, de pérdida del 50% de su facturación, no viene motivada por la marcha del Sr. Plácido , ni porque tres de sus trabajadores abandonaran la empresa para trabajar para los demandados, sino por la pérdida de la distribución de los productos congelados FREISER, de PESCANOVA, lo que de haber sido ilícito debería haberse hecho valer a través de otras acciones, que no son objeto de este pleito.

SEXTO: La demanda contiene varias referencias a que el Sr. Plácido , una vez abandonada la empresa titularidad de DEGRA, incitó a otros empleados de esta sociedad a que abandonaran la empresa, "difamándola mediante la divulgación de todo tipo de comentarios injuriosos y tendenciosos, creando así malestar entre los empleados" (hechos noveno y décimo), pero no especifica ni en qué consistieron los supuestos actos o manifestaciones difamatorios, ni cuando y como se produjeron, quedando la denuncia de actos de difamación tan vaga que impidió la defensa de la otra parte y que Juzgado pudiera entrar a juzgar sobre los mismos. El art. 9 LCD sanciona como ilícito concurrencial la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero -en este caso la actora- que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. La demanda, que pretenda basar en este tipo las acciones de **competencia desleal**, necesariamente debe especificar en que consistieron las manifestaciones o actos que se denuncian difamatorios, de modo que su omisión necesariamente da lugar a la desestimar de esta pretensión.

SEPTIMO: Desestimado el recurso de apelación, se condena a la parte apelante al pago de las costas procesales, en cumplimiento de lo prescrito en el art. 398.1 LEC .

FALLAMOS

ODESESTIMAR el recurso interpuesto por la representación de ODEGRA, S.L., Ocontra la sentencia del Juzgado mercantil nº 1 de Barcelona, de 7 de marzo de 2006 , cuyo fallo consta transcrito en el hecho primero; que CONFIRMAMOS con expresa imposición de las costas a la parte apelante.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse 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 Itmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.