



Roj: **SAP A 471/2010 - ECLI:ES:APA:2010:471**

Id Cendoj: **03014370082010100036**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **29/01/2010**

Nº de Recurso: **408/2009**

Nº de Resolución: **44/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS ANTONIO SOLER PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 471/2010,**
STS 8028/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCION OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCA COMUNITARIA

ROLLO DE SALA Nº 408 (M-66) 09

PROCEDIMIENTO Juicio Ordinario 534/07

JUZGADO de lo Mercantil nº 2 Alicante

SENTENCIA Nº44/10

Ilmos.

Presidente D. Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado: D. Francisco José Soriano Guzmán

Magistrado. D^a Cristina Trascasa Blanco

En la ciudad de Alicante a veintinueve de enero de dos mil diez

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario sobre competencia desleal, seguido en instancia ante el Juzgado de lo Mercantil número dos de los de Alicante con el número 534/07, y de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte actora, la mercantil Jurado Hermanos S.L., representada en este Tribunal por el Procurador D. Vicente Miralles Morera y dirigida por el Letrado D. José Abad Revenga; y como parte apelada los demandados, la mercantil **Cafés Dákar** S:L., D. Argimiro , D. Bartolomé , D. Camilo y D. Cesareo , representados por el Procurador D^a. Ana Calvo Muñoz y dirigidos por el Letrado D^a. Elena Vila Brull; y D. Epifanio y D. Faustino , representados en este Tribunal por el Procurador D. Juan Carlos Olcina Fernández y dirigidos por el Letrado D. David Esteve González. Los apelados han formulado oposición al recurso de apelación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil número dos de los de Alicante, en los referidos autos tramitados con el núm. 534/07, se dictó sentencia con fecha 11 de marzo de 2009 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que desestimo la demanda formulada por el Procurador Sr. Miralles Morera a instancia de Hermanos Jurado S.L. contra **Cafés Dákar** S:L., D. Argimiro , D. Bartolomé , D. Camilo y D. Cesareo y contra D. Epifanio y D. Faustino . Con condena en costas a la parte actora".



SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por la parte arriba referenciada; y tras tenerlo por preparado, presentaron el escrito de interposición del recurso, del que se dio traslado a las demás partes, presentándose los correspondientes escritos de oposición. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal con fecha 24 de julio de 2009 donde fue formado el Rollo número 408/M-66/09 , en el que por auto de este Tribunal de fecha 16 de septiembre de 2009 , se acordó la práctica de la prueba testifical propuesta por la parte apelante, señalándose al efecto el día 11 de noviembre de 2009. Solicitada la suspensión por concurrencia de señalamientos previos de una de las partes, se señaló nuevamente para el día 2 de diciembre de 2009 en que se celebró, suspendiéndose no obstante el término para deliberar, votar y fallar al acordarse de común acuerdo con las partes, subsanación documental. Conclusa dicha subsanación, se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 26 de enero de 2010, en el que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia por el Juzgado de lo Mercantil número dos de los de Alicante, desestima íntegramente las acciones de competencia desleal ejercitadas en la demanda en el entendimiento de que ninguno de los casos que la actora funda en la Ley de Competencia Desleal y que se denuncian por la mercantil Jurado Hermanos S.L. en su demanda como constitutivos de actos desleales, han quedado acreditados y, en particular, (apartados octavo a undécimo de la demanda): 1º inducción a la infracción de obligaciones contractuales básicas y la inducción a la terminación regular de un contrato por apropiación (**Dakar S.L.**) y revelación (empleados) de secretos empresariales, de la cual se habrían aprovechado - art 14-1-2 LCD - dando de alta en un escaso margen temporal, a un número relevante de clientes que lo eran de Jurado Hermanos S.L.; 2º violación de secretos por apropiación por los empleados de los listados de clientes para su posterior revelación e incorporación a la base de datos de **Dakar S.L.** - art 13 LCD - para actuar conforme a la misma y en particular, para la captación de los mismos; 3º venta con prima u obsequios - art 8-2 LCD - dirigida a los clientes de Jurado Hermanos S.L. con el fin, dada su entidad, de dificultar la comparación por los mismos de las ofertas de que disfrutaban con Jurado Hermanos S.L. y obtener su captación; y, finalmente 4º actos de denigración - Art 9 LCD - consistentes en informaciones vertidas a los clientes de Jurado Hermanos S.L. sobre la continuidad de la actividad de dicha mercantil y el comportamiento económico respecto de algunos clientes.

La sentencia es recurrida por la actora quien, además de denunciar la vulneración de su derecho de defensa consecuencia de la denegación de determinados medios de prueba, denunció el error en la apreciación y valoración de la prueba practicada en la instancia (en particular, la de interrogatorio de las partes - art 316 LEC -) y la falta de motivación de la sentencia - art 218-2 LEC -, así como la infracción por inaplicación de los arts. 14, 13, 9 y 8 LCD , en relación con las siguientes conductas denunciadas como actos de competencia desleal: la inducción a la infracción contractual (tanto por la terminación de los contratos de trabajo con Jurado Hermanos S.L. como por la violación de secretos y su aprovechamiento por **Dakar S.L.**); violación y revelación de secretos (por la obtención y posterior sustracción de los listados de clientes de Hermanos Jurados, que se incorporan a las bases de datos de la mercantil demandada; así como por las ofertas de ventajas, primas y obsequios del producto a los clientes de Jurado, que por su entidad, superaban los límites legales; y por los actos de denigración vertidos a clientes de Jurado Hermanos S.L. como medio de captación de clientela.

Lo anterior determina el alcance de la impugnación de la sentencia y, consiguientemente, lo que debe ser objeto de enjuiciamiento en esta alzada. Ciertamente es que el recurso se inicia con la denuncia de los defectos procesales apuntados pero dado que, unos, los relativos a la valoración de la prueba, serán objeto de atención en relación a los motivos materiales o de fondo del litigio, otros, en particular, la falta de motivación de la Sentencia de instancia, no son anudados a efecto alguno en relación al suplico del recurso, y los últimos, la denuncia derivada de la falta de práctica de algunos de los medios de prueba propuestos por la actora, que sólo podía dar lugar a que se solicitaran nuevamente en esta segunda instancia, conforme el art. 460.2.1ª LEC , como de hecho así lo hizo la actora, que volvió a pedir la admisión de esta prueba, lo que la Sala estimó, practicándose la prueba oportunamente en juicio ante este Tribunal, decíamos, a la vista de estas circunstancias -vinculación con los motivos materiales, falta de efectos o efectiva subsanación mediante la propuesta y práctica de la prueba en la segunda instancia-, no procede efectuar ahora pronunciamiento alguno sobre la denuncia de vulneración del derecho de defensa por la denegación de algunos medios de prueba y así procederemos a analizar si existe alguno de los ilícitos concurrenciales denunciados por la Sociedad Hermanos Jurado en relación con la terminación de la relación laboral de los demandados que fueron sus empleados y su posterior contratación



por **Cafés Dakar** S.L.; la supuesta apropiación de información consistente en el listado de clientes de Jurado Hermanos y su revelación o aprovechamiento por **Cafés Dakar**; la oferta de productos de **Cafés Dákar** con obsequios y/o primas; y las manifestaciones vertidas por algunos de los demandados, antiguos empleados de Jurado Hermanos, presuntamente denigratorios de Jurado Hermanos S.L..

SEGUNDO.- Las infracciones que de la ley de competencia desleal constituyen el sustento de las acciones ejercitadas, conforman el núcleo jurídico ante el que proyectar los hechos que resultan de la prueba practicada, profusa y numerosa, pero como veremos, insuficiente a los fines previstos por la mercantil actora.

El examen de la demanda pone de relieve -también sin duda el recurso de apelación- que el núcleo fáctico de las acciones ejercitadas se sustenta en la puesta a disposición por parte de los seis trabajadores de Jurado Hermanos S.L. que son demandados, del listado de clientes de dicha mercantil a favor de **Cafés Dákar** S.L. una vez se incorporan a dicha mercantil tras su cese en aquella empresa.

Esta afirmación articula lo que constituye, desde la perspectiva de la parte demandante, hoy apelante, el núcleo de la actividad ilegal por desleal, tanto de los citados trabajadores como de la mercantil beneficiaria a los que, de forma errónea por lo que diremos, coloca en mismo plano, sin distinción entre agentes ni por grupos ni, respecto de los trabajadores, conforme a un criterio individual sustentada en la especificación de conductas basadas en datos acreditativos de las imputaciones individuales. Y se construye con aquél núcleo la conducta desleal en el entorno de dos preceptos o tipos de deslealtad, la de la inducción contractual, contemplada en el artículo 14 LCD, y la de la revelación o divulgación de secretos tipificada en el artículo 13 de dicha norma, construcción que adolece de claridad y precisión, sobre todo, respecto de los empleados demandados a los que, debemos insistir, se les trata con absoluta indiferencia respecto de todas y cada una de las conductas atribuidas para fundamentar el suplico de la demanda sin más referencia en la demanda, parca e infundamentada, de estar los demandados legitimados pasivamente - art 20 LCD - como cooperadores de las conductas con la única excepción de la acción de enriquecimiento injusto, solo dirigida contra la mercantil **Cafés Dákar** S.L..

Centraremos por tanto, en esta primera parte de nuestra Sentencia, la atención en lo relativo a las infracción de los artículos 14 y 13 de la Ley de Competencia Desleal.

TERCERO.- Defiende el apelante que de los hechos acreditados se deduce la conducta inductora de **Cafés Dákar** para obtener un beneficio a costa del esfuerzo comercial y empresarial hecho durante su gestión a lo largo de años en la provincia de Alicante por Hermanos Jurado, infracción que se comete mediante el convencimiento a un conjunto de trabajadores de Jurado para que pusieran fin a su relación laboral con ésta, se incorporaran inmediatamente a **Dákar** y le aportara el listado de clientes a fin de gestionar su captación, incluso, como denuncia también y luego tendremos oportunidad de valorar, mediante una agresiva política de obsequios y primas desleales - art 8-2 LCD - por la forma y extensión de las mismas. Y afirma que tras estas conductas, hay deslealtad por infracción de los artículos 13 y 14 ya indicados.

Comenzaremos señalando que el artículo 14, dice la STS 23 de mayo de 2007, comprende tres modalidades de ilícito competencial consistentes en la inducción a la infracción de los deberes contractuales (ap. 1), la inducción a la terminación regular del contrato (ap. 2) y el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena (figura ésta que se recoge con la anterior en el ap. 2, pero que no se corresponde con la rúbrica del precepto que se refiere a "inducción a la infracción contractual"). La modalidad del apartado uno sólo exige la inducción, en tanto las otras dos modalidades requieren que, además, concurra alguna de las circunstancias que expresa, entre las que se encuentra que "tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o comercial".

Pues bien, la demanda (desde luego el recurso de apelación) denuncia, en primer lugar, que la mercantil **Cafés Dákar** S.L. habrían inducido a D. Argimiro, D. Bartolomé, D. Camilo y D. Cesareo y contra D. Epifanio y D. Faustino, a la terminación de sus contratos laborales con Hermanos Jurado S.L. y a sustraer de Hermanos Jurado, información y documentación sobre clientes que se habría aprovechado en beneficio propio.

Lo que está acreditado en autos es sin embargo que el día 3 de febrero de 2006, los seis trabajadores demandados cesan a propia instancia en sus puestos de trabajo desempeñados, en algunos casos, por largo tiempo, en la empresa demandante, Hermanos Jurados S.L. Y también se prueba sin duda que el día 6 de ese mismo mes y año, se incorporan a la mercantil **Cafés Dákar** S.L., empresa donde asumen misiones comerciales en los mismos distritos territoriales que antes constituían los atribuidos por Jurado.

Lo que no se alega ni en todo caso, se ha acreditado o, si se prefiere, de lo acreditado, lo que resulta es que la terminación de la relación laboral de D. Argimiro, D. Bartolomé, D. Camilo y D. Cesareo y contra D. Epifanio y D. Faustino, con Hermanos Jurado no fue irregular. En efecto, el que fuera intempestiva la decisión de los trabajadores, adoptada por todos el mismo día con efectos en el mismo día -3 de febrero-, no deja de



ser legal desde la perspectiva del contrato laboral sometido a la legislación de los Trabajadores porque ha de recordarse que en nuestro derecho, el contrato laboral se conforma entre un contratante débil, que es el trabajador, y otro fuerte, que es el empleador, razón por la cual el legislador se ha interesado en delimitar y constreñir las posibilidades extintivas del empresario, a quien se exige la concurrencia de unas ciertas causas, como muestra el art. 49, con los concordantes, del Estatuto de los Trabajadores. En cambio, al trabajador nada se pide: el citado precepto, en su núm. 1.º d), previene que el contrato se extingue "por dimisión del trabajador". En este sentido se pronuncia además el Tribunal Supremo que, en Sentencia de 23 de mayo de 2007, tratando la cuestión del preaviso en relación a la infracción que nos ocupa, señala que tal deber no está explícitamente previsto como básico en el art. 5º del Estatuto de los Trabajadores, ni consta previsto con tal carácter en los respectivos contratos por lo que la previsión del Convenio Colectivo no le convierte en básico y, en la perspectiva de extinción del contrato laboral (art 49.d ET), no tiene más alcance que la sanción indemnizatoria salarial. En conclusión, el desistimiento unilateral constituye una forma extintiva del contrato laboral válida por ser causa legal y, por tanto, la terminación en estas condiciones es necesariamente legal, dicho de otro modo, regular. Y siendo así, lo que debemos rechazar es el intento de fundar la inducción de la infracción contractual en dicha terminación de la relación laboral - art 14-1 LCD - pues, en primer lugar, la inducción desleal debe estar direccionada a la infracción de los deberes básicos y estos, en el marco del artículo 5 ET, solo existen en la relación laboral, pues al margen o con posterioridad al fin regular de la relación laboral, desde la perspectiva de la Ley 3/91, solo puede haber deslealtad en el marco del 14-2 LCD del que, en todo caso, sería agente el inductor, nunca el inducido. Por tanto (y en la hipótesis de la existencia de inducción previa), no acreditado -ni alegado- que la divulgación del listado de clientes fuera con anterioridad a la extinción de la relación laboral con Hermanos Jurado (el cronograma propuesto por el apelante es desde luego contrario a tal conclusión), no puede imputarse a **Cafés Dákar** tal infracción, ni desde luego a los trabajadores demandados que, en todo caso, de haber sucumbido a la inducción, o estarían inmersos (véase en este sentido la SAP Barcelona Secc 15ª, de 13 de enero de 2009) en la infracción de un deber objetivo de buena fe - art 5 LCD -, de lo que su mejor fundamento es la doctrina jurisprudencial establecida, entre otras, en la STS de 3 de julio de 2008, resolución que por cierto el apelante inserta en su discurso pero en relación al tipo que ahora analizamos o, en su caso, en un supuesto de divulgación o revelación de secretos industriales del artículo 13 LCD.

CUARTO.- Reconducir el tema al ámbito del artículo 14-2 y, por tanto, a un caso de inducción a la terminación regular del contrato que tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o comercial, es llevar la cuestión al más amplio fundamento de la propia demanda ya que, en realidad, lo que es objeto de litigio, es si **Cafés Dakar** S.L. indujo a D. Argimiro, D. Bartolomé, D. Camilo y D. Cesareo y contra D. Epifanio y D. Faustino a cesar en sus relaciones laborales de forma regular, con la empresa Hermanos Jurado, y a infringir deberes de reserva con esa mercantil mediante la entrega de información de la compañía relacionada con sus clientes, que la actora califica de secreto empresarial.

Conviene ante todo advertir que la inducción para la infracción de los deberes de confidencialidad que supone la violación de un secreto industrial está tipificada como acto de competencia desleal de quienes inducen en el art. 14 LCD; mientras que la violación propiamente dicha de los secretos empresariales se tipifican como acto de competencia desleal, respecto de quienes se apropian y revelan estos secretos, en el art. 13 LCD. Esto supone que, desde el punto de vista pasivo, de la conducta del artículo 14-2 LCD solo podría ser autor **Cafés Dakar**, sin que los inducidos "reveladores" puedan estar legitimados pasivamente como cooperadores al no ser sino un efecto de la conducta sancionada, mientras que del artículo 13, de la relevación o divulgación de los secretos, estarían legitimados desde luego los trabajadores demandados.

Veamos lo relativo a la inducción para la terminación regular de los contratos - art 14-2 LCD -.

Los datos indiciarios que aporta el actor para dejar constancia -mediante el método de la prueba presuntiva, art 386 LEC- son, primero, el cese en bloque, con correlativa contratación, de los seis trabajadores (demandados) en el siguiente día hábil laboral a aquél cese; segundo, el que el cese se hiciera sin preaviso, con pérdida por los trabajadores de parte de sus derechos económicos, sin que conste motivación justificativa de dicha resolución contractual; tercero, que los citados empleados fueran contratados por sueldos superiores a los de otros trabajadores de su misma categoría en la empresa contratante, **Cafés Dákar**; cuarto, que se incorporara a la base de datos de la empresa demandada el listado (o parte) de clientes de Hermanos Jurado; quinto, que incluso el mismo día de la contratación de los seis trabajadores, se dieran de alta en la base de datos de clientes de **Cafés Dakar**, 154 clientes que lo eran hasta ese momento de Hermanos Jurados, correspondiéndose con clientes de la esfera comercial de los citados trabajadores en Hermanos Jurados; sexto, que el beneficio del trimestre correspondiente a la fecha de contratación de los citados trabajadores, se incrementara respecto del anterior (4º trimestre 2005) en más del cien por cien, así como la facturación realizada.

Se afirma con indudable verdad, que la simple contratación de una pluralidad de trabajadores por parte de **Cafés Dakar** S.L. ningún significado tiene. Como es evidente, la sociedad demandante no puede impedir a sus



empleados que dejen su trabajo para mejorar, y desarrollen una actividad semejante, para la que precisamente, están profesionalmente preparados. Además, en el caso, no había previsto en su contrato de trabajo una cláusula de no concurrencia y no es posible jurídicamente coartar la profesión ajena. No puede evitar que aquellos empleados pasen a desarrollar su actividad profesional en esta nueva empresa. En este sentido, la STS de 11 Oct. 1999 (cuya doctrina acoge la reciente de 8 de junio de 2009), señala que una sociedad "no puede impedir que un empleado suyo que deja su trabajo y desarrolla una actividad semejante para la que estaba profesionalmente preparado, no había previsto en su contrato de trabajo una cláusula de no concurrencia, y no es posible jurídicamente coartar la profesión ajena." Tampoco negaremos que las razones del cese es un hecho controvertido. Niega el actor que existiera motivación o justificación, pero lo cierto es que algunos de los demandados afirman lo contrario, que había malestar en la empresa y deseo de abandono. También podría argumentarse que la mejora retributiva con la que son contratados por **Dakar** en relación al nivel retributivo de otros trabajadores de la misma categoría de **Dakar** carece de significación alguna porque bien pudo deberse a la valoración de la experiencia y aportaciones que podían hacer a **Dakar**.

Pero es incontrovertido a partir del cronograma de fechas en que tiene lugar el cese y posterior contratación -media un sábado y domingo- y de la forma de terminación del contrato, con renuncia a parte del salario, que la terminación regular del contrato vino determinada por ofertas de **Dakar** de suficiente calado, lo que no es contradictorio con el hecho de que hubiera, en algunos casos al menos, cierta predisposición de los empleados. En suma, sí entendemos probado que hubiera un determinado nivel de influencia sobre los trabajadores de Hermanos Jurado S.L. para que los mismos pusieran fin, de forma regular, a sus contratos laborales. Y la finalidad o tendenciosidad de aquella influencia o inducción se deduce de la conducta inmediatamente desplegada tanto por **Dakar** como por los trabajadores que, como queda constatada en justa valoración de la prueba pericial -doc nº 46 demanda- practicada en Diligencias Preliminares y de la prueba de libros, se desarrolla mediante el "volcado" en el sistema informático de **Cafés Dakar**, errores incluidos, de la información de clientes de Hermanos Jurado, y con el alta de clientes en esa misma fecha inicial (6 de febrero de 2006) en cifra de 154, representativa de un 13,7% de los clientes asignados en Jurado a los demandados -doc nº 24 demanda-. Sin embargo, y con ser así, no es jurídicamente factible ubicar esta inducción en el marco del artículo 14-2 porque para ser desleal, ha de venir adornada de hechos concretos como la revelación de secretos tal y como recuerda la STS de 8 de octubre de 2007 cuando apunta que "la Sala de instancia rechaza, con acierto, que se de el supuesto de inducción a la infracción de los deberes básicos con los clientes (artículo 14 LCD) por "inducción a la terminación regular de un contrato", pues tal inducción, que sin duda se ha producido, no tiene por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o industrial ni va acompañada de engaño o de la intención de eliminar del mercado a un competidor u "otras análogas" (artículo 14.2 LCD) que en todo caso no se han probado. En principio, la lucha por la captación de la clientela es lícita, y razones de eficiencia económica la justifican. La deslealtad ha de derivar de los medios utilizados, y aunque parece evidente que se han utilizado listados y documentos de la empresa en que los demandados prestaban anteriormente sus servicios, no parece que merezcan especial protección por razón de ser secretas o confidenciales.

Y no hay, por lo que diremos en el siguiente fundamento, secreto que fuera revelado por los trabajadores y ni por tanto, pudo haber aprovechamiento del mismo por **Cafés Dakar S.L.**

QUINTO.- Respecto de la revelación del listado de clientes de Hermanos Jurado S.L.

Ante todo ha de partirse de que, de lo que no hay evidencia alguna, es que la revelación sea plena o completa, es decir, que hubiera abarcado todo y la totalidad de la información que sobre sus clientes, tuviera Hermanos Jurado. De hecho, en el acto del juicio, el informático de la mercantil demandante señaló expresamente que los auto-ventas (función desempeñada por todos los demandados menos Epifanio , que era promotor) no tenían clave de acceso al ordenador de la empresa de la que solo disponían los administrativos. Ello es indicativo, no de que los autoventas no accedieran a la información, sino solo que la recibida se limitaba a la necesaria para su función que, en tanto territorial, venía limitada por dicho marco geográfico. No cabe pues presumir sino que cada demandado disponía del listado de clientes que gestionaba directamente en la ruta que tenía asignada.

Señalado lo anterior, no deja de ser cierto que el informe pericial practicado con ocasión de las diligencias preliminares, pone de relieve algunos hechos relevantes sobre la disponibilidad de la información que tuvieran los trabajadores contratados. La identidad de los errores que la base de datos de Hermanos Jurado tenía respecto de algunos clientes -dato que se verifica desde su propia afirmación- y el dato relativo a la constatación de la fecha de codificación de un número relevante de clientes que lo eran de Hermanos Jurado al tiempo de la incorporación de aquellos a **Cafés Dakar**, ponen de relieve que los nuevos empleados (demandados), fluyeron determinada información, obtenida con ocasión de su desempeño en Hermanos Jurado, en la nueva empleadora.

Ahora bien, no hay dato alguno del que deducir que dicha información fuera constitutiva de secreto empresarial.



Y es que no es calificable con carácter general, de secreto el caso de los listados de clientes, no desde luego en los casos de información relativa a actividades públicas, visibles y externas, como es el caso de la hostelería -cafeterías, bares, restaurantes, hoteles-. El acceso a este tipo de clientela, no requiere de un conocimiento especial. La capacidad de maniobra en cuanto al hecho de detectar un potencial cliente, es amplia por pública y notoria y por tanto, la información que el trabajador trae de la competencia no deja de ser sino simple información comercial derivada de la propia actividad. En el caso es lo cierto que ningún dato de los que se denuncian como secretos, puede calificarse de sensible, pues la información que se dice, nombre y dirección, nada aporta especial. Cosa distinta sería que se contuviera en la información de Jurado datos específicos sobre cantidad, particularidades, datos bancarios, ofertas especiales adaptadas al tipo de comercio en relación a su ámbito objetivo, territorial o subjetivo, etc. Así se pronuncia además el Tribunal Supremo que en Sentencia de 8 de octubre de 2007, tratando un caso muy similar, señala "La misma suerte ha de correr el Motivo 4º, en que se imputa violación de secretos que calificarían la conducta como desleal (artículo 13.1 LCD) y que en el caso se habría de traducir en la explotación de los listados de clientes y de otras informaciones sobre precios y condiciones, que habrían de tener la consideración de secretos empresariales a los efectos de poder ser encuadrada su explotación en las previsiones del precepto señalado. Ha de destacarse que los demandados han podido tener acceso legítimo, con lo que se trasladaría la cuestión al punto de determinar si pesaba sobre los demandados un especial deber de reserva (artículo 13.1 LDC) que, en el contexto en que se produce, no parece haya de extenderse a los conocimientos y relaciones que hayan adquirido precisamente en el desempeño de las funciones, además de que no se trata, en puridad, de secretos empresariales, pues la información utilizada no es realmente secreta, en términos de utilidad y valor que el sujeto en cuestión (la actora) ha conferido a la información en cuestión, desde el punto y hora en que no ha tomado medidas para salvaguardarla o protegerla."

Por tanto, el que los trabajadores que contratan con **Dakar** para ejercer idéntica actividad a la previa en Jurado, tenían que utilizar la información que conforma su experiencia y, no se olvide, su personal hacer ya que el contacto entre cliente y Jurado lo era a través de esos empleados que, como "auto-ventas", no solo gestionaban pedidos sino que vendían. Si ahora disponen de otro producto, no tiene sentido alguna prohibición de visita a antiguos clientes, ya que ello no es conducta desleal per se en el ámbito de un mercado donde la captación de clientela no está restringida por el hecho de que esté fidelizada a otro empresario de la competencia siempre y cuando el método sea lícito, lícitud que no es debatible cuando se sustenta en el marco de una relación de confianza de naturaleza personal que se utiliza por el vendedor para continuar la relación comercial bajo una nueva denominación.

A estas conclusiones llega la STS de 29 Oct. 1999 cuando dice que el listado o relación de clientela no es un secreto empresarial. Sin embargo, el hecho de que un empleado o empleados de la empresa, que inducidos por otra de la competencia, aprovechando el listado de clientela de la primera para hacer ofrecimiento de servicios a la segunda; esta Sala considera que son objetivamente contrarias a las exigencias de buena fe, tal como contempla el artículo 5 de la Ley..., y no por lo previsto en el artículo 13.1 y 14.2 de la Ley, sino por ser objetivamente contrarias a la buena fe..., que no es sino la derivación del principio general de buena fe, que proclama el artículo 7.1 del Código Civil y que es la base de la normativa jurídica y de la convivencia social.

No cabe deducir, de la prueba obrante en autos, que la información adquirida por **Cafés Dakar S.L.** no fuera un mero listado de clientes, con poco más que la identificación del cliente y su dirección, pues no consta que se dispusiera de información específica general o de clientes importantes, en la que apareciera, por ejemplo, las condiciones especiales concertadas con cada una de ellos, los rappels por consumo aplicados o las estadísticas de ventas que sería la información que sí tendría un valor específico para Hermanos Jurado y por tanto, para la competencia en tanto sería la que permitiría conocer en que términos Hermanos Jurado vendía sus productos a sus clientes, con vistas a una estrategia comercial para captar el cliente. Ciertamente es que esta información la suministra el directo conocimiento del empleado, pero esa información, la que conoce por su propio y personal trabajo el empleado, no es separable del mismo ni, por tanto, puede afirmarse, sin que exista una cláusula especial de reserva, que sea secreta tanto menos cuando, por ese conocimiento especial y falta de cláusula específica de reserva, ninguna medida especial se adopta de protección -art 39 ADPIC-. Puede haber un uso indebido, tanto por el trabajador como por el nuevo empleador, pero no por uso de información secreta sino por infracción de la buena fe, tipificación que no ha sido objeto de pretensión y sobre la que, en consecuencia, para velar por los principios de audiencia y defensa en relación al de congruencia, en caso alguno podemos valorar con más profundidad dado que no podemos fundar en tal infracción, que no es subsidiaria de los restantes tipos de ilícitos concurrenciales, la apreciación de las acciones y con él del recurso de apelación.

En conclusión, aun en la afirmación de trasvase de información sobre clientela de Hermanos Jurado S.L., en tanto la misma, por su naturaleza, entidad y circunstancias, no es calificable de secreta, no cabe considerar



infracción del artículo 13 LCD pero tampoco, por lo que dijimos de la composición del tipo infractor, del artículo 14-2 LCD .

SEXTO.- En cuanto a la comisión de un ilícito concurrencial por el uso de obsequios y/o premios.

Denuncia el recurrente que la Sentencia de instancia considera prácticas ordinarias aquellas que constituyen en realidad el ilícito contemplado en el artículo 8 LCD y que son descritas genéricamente como actos de política agresiva destinada a la captación de clientes seguida por **Dakar** S.L. consistente en precios, regalos y promociones que por su entidad, o ponen al consumidor en situación de compra del producto o inducen o pueden inducir a error sobre el nivel de precios de los productos ofertados. Apunta el recurrente que así resulta de algunas de las ofertas conocidas de **Dakar** S.L. y que se reflejan en los documentos número 62 a 64 de la demanda, siendo el último, un caso descrito por perito demostrativo de la entrega de producto gratuito en cantidad equivalente al 100% del producto consumido. Y concluye el alegato señalando que del examen de las facturas se constata cómo en dos días los demandados regalaron un total de 518 kg.

Ningún éxito puede tener la pretensión deducida.

En efecto, el planteamiento que hace la parte no es de los casos contemplados bajo las formas de venta a prima a que se refiere el número 2 del artículo 8 LCD , sin perjuicio de que lo pudieran ser (o en alguno para ser más exacto) de venta a pérdida del artículo 17 LCD si se hubiera planteado cuando menos como alternativa y se dieran (probados) los casos que el propio precepto contempla para declarar ilícita tal conducta. Y es que, como destaca la doctrina (que por cierto identifica con muy buen criterio al consumidor de referencia en el precepto como cliente y no como consumidor en el sentido estricto de la legislación de consumo), el caso contemplado en el artículo 8-2 se refiere a la relación entre dos prestaciones de distinta naturaleza, una principal, y otra accesoria, que promociona a aquella. El supuesto objetivo sería el caso de la entrega de la cafetera y/o servicio técnico gratuitos -que el propio apelante excluye como ilícito por ser común en este tipo de productos-, pero en ningún caso los de entrega de más producto. Por tanto, el regalo de **café**, aun en cantidades como las recogidas por el apelante, no deja de ser suministro de más producto del que se adquiere, pero de forma gratuita y por tanto, no hay prestación o prima en el sentido del precepto analizado.

SÉPTIMO.- Terminaremos con el examen de la denuncia de conductas denigratorias consistentes en al realización de manifestaciones a clientes de la actora destinadas a menoscabar su crédito comercial, siendo desde luego falsas.

En relación a la prueba de esta conducta ilícita, se ha practicado prueba testifical propuesta por la parte actora ante este Tribunal. De la practicada, solo la legal representante de L.R. Pizza Guilia S.L. ha hecho declaraciones en relación a hechos que podrían venir referidos a lo que denuncia el apelante, pues señaló que el comercial que le ofreció el **café** de **Dakar**, le manifestó que Jurado tenía problemas financieros y líos y que le proponía el mismo producto a menos precio. Y esta es toda la prueba de denigración que hay en el proceso.

La respuesta del Tribunal no puede ser otra, por tanto, que desestimatoria. Y es que 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. Pues bien, la STS de 22 de mayo de 2005 dice que la conducta, además de ser denigratoria en sí misma, ha de revestir de una entidad suficiente como para ser considerada desproporcionada. Y la STS de 22 de marzo de 2007 señala que, "si bien es cierto que no se requiere un ánimo específico de denigrar, ni de producir la alteración de la reputación del competidor, ni que la comunicación haya tenido eficacia, sin embargo ha de existir la idoneidad o aptitud del acto" para menoscabar el crédito de la actora en el mercado, y ello no se puede valorar "sin tomar en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso, y entre ellas el contexto en que se produjeron las manifestaciones y la finalidad".

Por tanto, si de la declaración testifical indicada lo único que se desprende es un comentario general, inconcreto, casi ligero, conformado solo por una afirmación que ni se reitera en su presencia ni la de tercero, ni consta generalizada, la conclusión que alcanzamos es que tales manifestaciones carecen de la relevancia antijurídica suficiente como para integrar un caso de conducta concurrencial en consonancia con la escasa relevancia que para la propia testigo tuvieron tal y como reconoció en el acto del juicio.

Por otro lado, no debemos obviar la cuestión de la autoría. Ninguna prueba hay de que tales declaraciones fueran orquestadas desde la empresa como política de los comerciales de la empresa demandada. Por tanto, aun en la hipótesis de la relevancia denigratoria, no bastaría con la prueba de la acción sino que debería haberse aportado prueba de la autoría, lo que evidentemente no ha sucedido, resultando de todo punto imposible, imputar de ella a la totalidad de los demandados.

El recurso de apelación queda desestimado.



OCTAVO.- En cuanto a las costas procesales de esta alzada, y habiéndose desestimado el recurso de apelación, no cabe sino imponerlas a la parte apelante conforme lo prevenido en el artículo 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

FALLAMOS

Que desestimando el recursos de apelación entablado por la mercantil Jurado Hermanos S.L., representada en este Tribunal por el Procurador D. Vicente Miralles Morera, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Alicante de fecha 11 de marzo de 2009 , debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; y con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-