



Roj: **SAP B 11709/2010 - ECLI:ES:APB:2010:11709**

Id Cendoj: **08019370152010100328**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **14/10/2010**

Nº de Recurso: **42/2010**

Nº de Resolución: **317/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

### SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 42/2010 - 1ª

Juicio Ordinario núm. 326/08

Juzgado de Mercantil núm. 3

**SENTENCIA núm. 317/10**

#### Ilustrísimos Señores Magistrados:

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. LUÍS GARRIDO ESPÁ

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN

En la ciudad de Barcelona, a catorce de octubre de dos mil diez.

**VISTOS** en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 3 de esta localidad, por virtud de demanda de Momentum Task Force, S.L. contra Global Field Marketing BCN, S.L., D.ª Maribel y D.ª Adoracion, pendientes en esta instancia al haber apelado Global Field Marketing BCN, S.L., D.ª Maribel y D.ª Adoracion la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 27 de julio de 2009.

Han comparecido en esta alzada las referidas apelantes, representadas por la Procuradora de los Tribunales Sra. Fuentes Millán y defendidas por el letrado Sr. Esquirol Zuloaga, así como la actora en calidad de apelada, representada por el Procurador Sr. Ram de Viu y defendida por el letrado Sr. Durán Ruiz de Huidobro.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: <<Estimando sustancialmente la demanda interpuesta por la representación en autos de la mercantil MOMENTUM TASK FORCE S.L. condeno a doña Adoracion y a la mercantil GLOBAL FIELD MARKETING BCN S.L. y que se declara que la conducta de las demandadas es constitutiva de actos de **competencia desleal**, considerando desleales las actuaciones vinculadas a la revelación de **secretos** por parte de la Sra. Adoracion, así como sus actuaciones a lo largo de los meses de agosto, septiembre y octubre de 2007, referidos a su desvinculación de la actora, la constitución de la nueva sociedad y el desvío de clientes de inmediato en esas fechas. Se condene a las demandadas a indemnizar a la actora en la cantidad de 374.354'89 euros. Se condena a las demandadas a publicar a su costa el texto íntegro del fallo de la sentencia en las siguientes publicaciones: El Periódico de Catalunya, La Vanguardia, Ipmark, Estrategias, Alimarket, Capital, Infojobs, Azafatas y Promotoras, Infoempleo y Trabajar. Que se condene a las demandadas a comunicar el texto íntegro del fallo de la sentencia de manera individualizada a las empresas que figuren en sus libros de contabilidad como clientes de la sociedad



demandada, así como a los colaboradores de la actora que figuren en las listas de empleados sustraídas por las demandadas. No ha lugar al resto de pretensiones. Se absuelve a doña Maribel . Se condena a la Sra. Adoracion y a la mercantil GLOBAL FIELD MARKETING BCN S.L. al pago de las costas. No se imponen las costas a la actora respecto de la demandada absuelta>>.

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpusieron recurso de apelación las demandadas Global Field Marketing BCN, S.L., D.ª Maribel y D.ª Adoracion . Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, en la que se turnaron a la Sección Decimoquinta, que señaló votación y fallo para el día 29 de septiembre pasado.

Actúa como ponente el magistrado Sr. JUAN F. GARNICA MARTÍN.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO. Objeto del proceso del que dimana el recurso y contenido de la Sentencia recurrida

Está constituido por una acción declarativa de **competencia desleal** con fundamento en los arts. 5, 6, 12, 13 y 14 LCD, así como la acción de condena al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la misma y otras pretensiones declarativas y de condena asociadas a la acción declarativa de **competencia desleal**, como efectos suyos.

En la Sentencia recaída en la primera instancia se ha considerado que existe violación de los tipos establecidos en los arts. 13 (**secreto empresarial**) y 5 (la cláusula general de deslealtad) por parte de la Global Field Marketing BCN, S.L. y D.ª Adoracion , frente a quienes se estimó la demanda, y se ha rechazado que la haya de los tipos establecidos en los arts. 6, 12 y 14. Frente a D.ª Maribel se ha desestimado íntegramente la demanda, al no imputarle acto alguno de **competencia desleal**.

Frente a ella se recurre únicamente por parte de las demandadas, de manera que el conocimiento en la segunda instancia debe quedar limitado exclusivamente a los ilícitos concurrenciales establecidos en los arts. 5 y 13 LCD.

### SEGUNDO. Los motivos en los que se funda el recurso

Aunque de forma acumulada, esto es, en un mismo escrito, por haber litigado los tres codemandados unidos durante la primera instancia y seguirlo haciendo durante la segunda, en realidad se plantean dos recursos netamente diferenciados:

A) De una parte, el de D.ª Maribel , que se limita a cuestionar el pronunciamiento sobre costas, al no haberse impuesto a la parte actora las que le fueron causadas a ella, a pesar de que la demanda se desestimó íntegramente en su contra.

B) De otra, el recurso de Global Field Marketing BCN, S.L. y D.ª Adoracion , que cuestiona la estimación de la demanda en su contra y solicita su absolución con fundamento en la consideración de que no existen los actos de **competencia desleal** que les fueron imputados en la resolución recurrida. La discrepancia aducida por las recurrentes se refiere tanto a las apreciaciones realizadas por parte del Juez *a quo* sobre la prueba realizada como a que los hechos efectivamente acreditados puedan ser considerados constitutivos de los tipos de deslealtad de los arts. 5 y 13 LCD.

Comenzaremos por el examen de este segundo recurso, para hacer al final un examen unitario de la cuestión relativa a las costas.

### TERCERO. Hechos relevantes en el caso sobre los que no existe discrepancia entre las partes

Se aceptan por ambas partes los siguientes hechos:

1.º) Que la actora Momentum Task Force (en adelante Momentum) es una sociedad cuyo objeto social es la promoción y difusión de productos y servicios, animación de ventas, reparto y reposición de propaganda, muestras y material promocional en cualquier medio. Se trata de una empresa vinculada a un grupo de comunicación de carácter internacional (McCann Erickson) y que cuenta con una importante implantación en el mercado español, en el sector de la publicidad. Se constituyó en el año 1992 y desde entonces tiene una oficina abierta en la ciudad de Barcelona.

2.º) D.ª Adoracion se incorporó a Momentum en el año 1998 y, tras dejar la empresa en el año 2000 y reincorporarse en el año 2001, desde el año 2002 había venido siendo responsable de la compañía en Barcelona, dirigiendo una oficina que inicialmente contaba con dos trabajadores y que más tarde llegó a



superar los diez. Su función era esencialmente comercial, ámbito en el que la Sra. Adoracion tenía amplia autonomía en la gestión de los proyectos de la oficina de Barcelona.

3.º) El 17 de Septiembre de 2007, la Sra. Adoracion comunicó a Momentum su voluntad de resolver su relación laboral con efectos desde el 1 de octubre siguiente. El referido plazo de preaviso no se agotó por razones ajenas a la voluntad de la demandada y el día 20 de septiembre finalizaron las relaciones laborales entre las partes, de mutuo acuerdo.

4.º) En fecha 28 de agosto de 2007, la Sra. Adoracion había constituido la sociedad Global Field Marketing BCN, S.L. (en adelante Global), sociedad cuyo objeto social está constituido por la prestación de servicios de publicidad y marketing, promoción comercial de productos y servicios, estudios de mercado, organización y realización para terceros de eventos culturales, comerciales y deportivos. La Sra. Adoracion ostentaba en ella desde su constitución el cargo de administradora y era titular de la totalidad de sus participaciones sociales.

5.º) A la vez que la Sra. Adoracion, también rompieron su relación laboral con la actora y pasaron a prestar servicios para la demandada Global, la demandada Maribel, ejecutiva de cuentas, así como Consuelo y Heraclio, ambos coordinadores.

6.º) En los últimos días de septiembre de 2007, concretamente el día 30 de septiembre, Global ya facturaba a Reckitt Benckiser, que hasta entonces había venido siendo un importante cliente de la actora, por importe de 8.369,21 euros correspondientes a servicios realizados durante el mes de septiembre, y durante el último trimestre de 2007 la facturación total a ese cliente fue superior a los doscientos mil euros (concretamente, de 268.232,29 euros), lo que supuso una importante disminución de la facturación por parte de la actora.

7.º) Tras la marcha de la Sra. Adoracion y de los demás trabajadores que la acompañaron, la actora pudo constatar que algunos datos se habían borrado de los archivos de sus ordenadores.

Sobre otros hechos fundamentales para la suerte del proceso no existe acuerdo entre las partes. En el recurso se cuestionan las conclusiones a las que se ha llegado sobre ellos en la Sentencia de instancia. De entre ellos, los esenciales son los siguientes:

1.º) Que la Sra. Adoracion hubiera comenzado a dirigirse a los clientes de Momentum para captarlos para su empresa con anterioridad a que cesó en su trabajo para la actora.

2.º) Que la Sra. Adoracion, o alguien por su cuenta e indicación, hubieran procedido a borrar datos del sistema informático que pudieran considerarse relevantes para la adecuada conservación y desarrollo de las actividades de la actora.

Sobre tales hechos controvertidos, así como sobre otros asimismo relevantes y controvertidos, se irá entrando, aunque no de forma separada del examen de los concretos ilícitos concurrenciales que se imputan a las demandadas. Se estima preferible hacerlo desde la perspectiva concreta de cada uno de los ilícitos porque ello permite juzgar previamente su relevancia y exonera de esfuerzos inútiles.

#### **CUARTO. Los actos de violación de **secretos****

Reducido el examen en esta instancia a los ilícitos concurrenciales de los arts. 5 y 13 LCD, es preciso entrar primero en el segundo de estos tipos, atendido el carácter del primero de cláusula general o de cierre del sistema, de lo que se deriva, según constante jurisprudencia, que únicamente sea posible entrar en el examen de las conductas desde el prisma de la misma una vez descartado que resulte de aplicación alguno de los tipos concretos contenidos en los arts. 6 a 17 LCD.

El artículo 13 LCD considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de **secretos** industriales o de cualquier otra especie de **secretos empresariales** a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva.

El hecho que se reputa desleal desde esta perspectiva consiste en la apropiación de datos relativos a clientes. Concretamente, se dice en la Sentencia recurrida que << los datos a los que accede la demandada por su condición no eran un simple listado de clientes sino la información sensible sobre las campañas y actuaciones concretas, las necesidades y requerimientos de cada cliente >>.

Esa escueta mención no permite conocer con exactitud a qué concretos datos va dirigido el reproche de deslealtad que se hace en la resolución recurrida a dos de las codemandadas. En la demanda se hace referencia, y ello puede servir para completar lo que se ha querido expresar por parte del Juez a quo, a: << datos relativos a la explotación de la empresa durante diez años y referida a estrategias **empresariales** (...) listados de clientes, personas de contacto, listados de colaboradores, política de precios, costes, presentaciones de productos, cuentas de resultados...>>.



En el recurso se dice que el hecho de que un dato pueda considerarse "sensible", como se hace en la Sentencia de primera instancia, no equivale a **secreto**, que es lo que exige la norma legal, y que los datos a los que se refiere tal apreciación en absoluto pueden considerarse como **secretos**, pues se trata en realidad de datos relativos a los perfiles de candidatos (azafatas), manuales de formación, mecánicas de campaña, riesgos laborales y reportes de resultados. La recurrida insiste en el carácter **secreto** de los datos de los que se apropió la Sra. Adoracion , y que lo relevante no es la lista de clientes o sus teléfonos, un dato poco significativo, atendido que apenas se trataba de media docena de ellos, sino otros datos que permiten conocer el histórico de la facturación de los clientes, los precios y tarifas aplicados, preferencias, azafatas que han colaborado con éxito en determinadas campañas, etc.

Es cierto que el concepto de **secreto** del art. 13 LCD no se limita a los **secretos** industriales sino que también incluye otros **secretos empresariales**, hasta abarcar prácticamente todo aquello que cabe dentro de la expresión *know-how* o saber hacer de la empresa. Aunque de ello no se deriva que cualquier acto de apropiación del *know-how* constituya por sí mismo violación de **secretos** a los efectos del tipo de **competencia desleal** antes referido. Para que se cumpla la exigencia del tipo legal es preciso que los datos tengan el carácter de **secreto**.

Al no existir un concepto legal de lo que puede entenderse como **secreto**, esta Sala ha venido considerando que debe acudirse al contenido en el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, BOE de 24 de enero de 1995) de cuyo art. 39.2. a) y b) se desprende que, para 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, es preciso 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, atendidas las circunstancias, para mantenerla secreta, medidas que habrían de haber sido tomadas por la persona que legítimamente la controla ( SS. 13 En. 2009 y 29 Dic. 2009, entre otras muchas).

Y es también doctrina jurisprudencial muy reiterada que << *las habilidades, capacidades, experiencia y conocimiento del sector que componen la formación y capacitación profesional del trabajador son de libre e incluso necesario uso por el mismo, con el consiguiente aprovechamiento por la nueva empresa que lo emplea, en el ulterior desarrollo de su vida laboral, o por la empresa que el antiguo empleado constituye, normalmente dedicada al mismo sector en el que ha adquirido aquellos valores*>> ( SSTS 24 Nov. 2006 -RJ 2007/262 y 8 Oct. 2007 -RJ 2007/6805-, entre otras ).

A partir de la luz que proyecta esa doctrina jurisprudencial debe concluirse que no existe en el caso violación de **secretos** que pueda ser imputada a la Sra. Adoracion , por las siguientes razones:

- 1.ª) Porque los datos a los que se hace referencia en la demanda como presuntamente revelados carecen de sustantividad como para merecer la consideración de **secretos**.
- 2.ª) Porque las medidas adoptadas sobre los mismos distan mucho de ser las adecuadas para la protección de un **secreto**.

A continuación se desarrollan de forma separada cada una de esas ideas.

#### **QUINTO. Sobre la falta de sustantividad como **secreto** de los datos presuntamente apropiados**

Es cierto que en nuestra Sentencia de 13 de enero de 2009 sostuvimos el carácter **secreto** de determinados datos de carácter comercial referidos a clientes, tales como condiciones especiales de venta, rappels de consumo aplicados y estadísticas de ventas. Ahora bien, de ahí no se sigue la idea de que esos datos puedan ser considerados como **secretos** en cualquier circunstancia. Si en aquella ocasión se consideraron tales datos como **secreto** fue por dos razones: (i) primera, porque eran datos concretos referidos a un grupo seleccionado de clientes y por sí mismos podían reportar una importante ventaja competitiva, en la medida en la que eran expresión de una concreta estrategia **empresarial**; (ii) y segunda, porque, en lógica consecuencia, la empresa había adoptado medidas extraordinarias de protección sobre los mismos. Ninguna de esas circunstancias concurre en el caso que aquí se considera, de manera que la doctrina allí establecida no puede resultar de aplicación en este caso, al contrario de lo que se ha considerado en la Sentencia de instancia.

Los datos a los que se refiere la actora en su demanda no son, en su mayor parte, datos concretos sino genéricos (así, *los relativos a la explotación de la empresa durante diez años, política de precios, costes y presentaciones de productos, cuentas de resultados*) de manera que todos ellos pueden considerarse incluidos en el conocimiento adquirido por la empleada Sra. Adoracion , quien no está compelida a no utilizarlos por el simple hecho de que haya podido adquirir conocimiento de los mismos durante el lapso de tiempo en el que



prestó servicios laborales para la actora. En suma, para poderlos utilizar no precisaba desvelar **secreto** alguno, particularmente cuando no está probado que hubiera suscrito compromiso especial de confidencialidad que no sea el que se deriva de la propia relación laboral.

En cuanto a *los listados de clientes, personas de contacto, listados de colaboradores*, tampoco puede considerarse que tengan sustantividad propia como para reportar una especial ventaja competitiva (en cuanto a los listados de clientes y colaboradores), o bien deben considerarse una información adquirida por el empleado con ocasión del trabajo pero no sometida a **secreto** (en cuanto a las personas de contacto en cada empresa).

#### **SEXTO. Sobre las medidas de protección adoptadas para mantener el secreto**

Ya se ha adelantado que no puede considerarse que las medidas de protección adoptada por la actora puedan considerarse suficientes como para poder considerar los datos a los que se ha hecho referencia como **secretos**. A continuación se procede a justificar con el debido detalle las razones de esa conclusión.

En la demanda ni siquiera se especifican las concretas medidas adoptadas para que los datos deban considerarse como **secretos**, al menos al desarrollar la vulneración del concreto tipo del art. 13 LCD en las páginas 56 y 57. En el hecho quinto (págs. 7 y ss. de la demanda) se detallan los datos confidenciales de los que presuntamente se apropiaron la Sra. Adoracion y la Sra. Maribel, pero no se hace referencia a especiales medidas de protección, de manera que debe entenderse que las medidas de protección se limitan a los usuales controles de acceso a la red informática corporativa, que es a lo único a que se ha hecho referencia en la Sentencia de primera instancia. El mero hecho de que para acceder a esos datos fuera precisa una contraseña y que esa contraseña sea personal de cada uno de los trabajadores no es razón suficiente para que pueda considerarse que se adoptaron por la actora las medidas razonables para mantener esa información secreta, porque, además de la escasa seguridad que ello implica, esa barrera de acceso lo único que impide es que todos los empleados tengan libre acceso a todos los ficheros de la empresa, pero no es, en este caso, propiamente una medida de protección de los datos, ya que ello resulta insuficiente para preservar el **secreto** de esa información. O, cuando menos, no puede considerarse que reúna los requisitos exigidos en el art. 39.2 ADPIC, que no se refiere a los simples controles de seguridad ordinarios en la gestión de los datos de cualquier empresa, sino a medidas extraordinarias, que resulten especialmente indicativas del carácter **secreto** de la información que con ellas se quiere preservar.

Por consiguiente, debe estimarse el recurso en este punto, al no existir justificación que permita considerar que los actos que se imputan a las demandadas sean desleales bajo la óptica del art. 13 LCD.

#### **SÉPTIMO. Sobre la presunta vulneración del art. 5 LCD : conductas que se estiman desleales al amparo de esta norma**

Si no es posible hacer reproche alguno de deslealtad desde la perspectiva del tipo del art. 13 LCD, debe entrarse a continuación a examinar si es posible hacerlo desde el prisma del art. 5 LCD. A ese respecto, el núcleo de las conductas desleales que en la demanda se imputaron a la demandada Sra. Adoracion y a la Sra. Maribel gravitaban en torno a la idea de que antes de abandonar la compañía prepararon campañas promocionales para clientes que entonces eran de Momentum pero que finalmente facturó Global, así como que captaron como clientes de esta última a quienes lo eran de la primera, empleando para ello medios desleales.

El reproche de deslealtad que se realiza en la Sentencia de primera instancia desde la perspectiva del ilícito concurrencial del art. 5 LCD consiste, de manera fundamental, en que, mientras la demandada Sra. Adoracion prestaba aún servicios para la actora, procedió a: (i) constituir una sociedad con la que pretendía hacerle competencia; y (ii) a captar sus clientes para desviarlos a la sociedad recién constituida (Global), desviando a ésta información y servicios. A ello también parece añadirse la imputación de que hicieran desaparecer archivos e información de los ordenadores.

Frente a ello, en el recurso se aduce:

A) Que la creación de una sociedad no puede ser considerada como un acto de **competencia desleal** sino únicamente su actuación en el mercado, lo que no ocurrió hasta después de que la Sra. Adoracion abandonara Momentum.

B) Que no es cierto que Global captara un número significativo de clientes de la actora sino que únicamente captó a cuatro y de ellos sólo a uno pasó a prestarle servicios de forma casi inmediata a su cese: Reckitt Benkiser.

C) Que no es cierto que se hiciera desaparecer información de los ordenadores.

#### **OCTAVO. El ilícito concurrencial del art. 5 LCD**



Como recuerda la STS 8 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6805), con cita de otras anteriores [ SS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 262) y 23 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2317)], la cláusula general del artículo 5 LCD "no formula un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, en las que van a ser tipificados los actos o comportamientos de **competencia desleal** en particular, sino que establece una verdadera norma jurídica en sentido técnico, esto es, lo que la doctrina ha calificado como "una norma completa de la que derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como sucede con el artículo 7.1 del Código civil ". La cláusula general tipifica un comportamiento de **competencia desleal**, dotado de sustantividad frente a los actos de **competencia desleal** que la Ley ha estimado tipificar en concreto. Por tanto, esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican actos en particular, sino que la aplicación ha de realizarse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular".

Los actos de captación de clientela han sido objeto de consideración jurisprudencial en multitud de ocasiones desde la perspectiva del art. 5 LCD. La captación de clientela, *per se*, no es ilícita. Al contrario, la lucha por la captación de la clientela es lícita y deseable, por razones de eficiencia económica, en un sistema de libre competencia como el que establece nuestro derecho positivo (cuyo postulado fundamental lo constituye el principio de libre empresa que proclama el art. 38 CE). La clientela tiene un importante valor económico para los agentes económicos, "pero nadie puede invocar ningún título respecto de la misma, ni pretender una efectiva fidelización" ( STS 3 de julio de 2008 (RJ 2008, 4367), por lo que no obsta a su captación por otras empresas cuando los medios empleados sean lícitos. La deslealtad ha de derivar de los medios utilizados o fines perseguidos, atendiendo al principio de competencia por el propio esfuerzo o por eficiencia de méritos.

En el mismo sentido puede verse la STS 8 de Junio del 2009 (ROJ: STS 3877/2009): << *En cuanto a la captación de ésta ( clientela ), no hay ilícito cuando se produce tal circunstancia una vez extinguido el vínculo contractual anterior (S. 24 de noviembre de 2.006 ); y ello es así porque, si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho del empresario a la misma, por lo que cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatar la clientela al competidor. Y ello tiene pleno apoyo constitucional ( arts. 35 y 38 CE ) en la libre iniciativa económica y libertad de empresa, que caracterizan el sistema de economía de mercado. Pero el mecanismo por el que se arrebatara la clientela del competidor ha de ser correcto, lícito, en definitiva "no desleal"; y hay deslealtad cuando se capta la clientela por medios que distorsionan los buenos usos y prácticas del mercado >>.*

Aplicando esa doctrina jurisprudencial al supuesto en consideración debe decirse que no toda la captación de la clientela que la demandada hubiera llevada a cabo puede reputarse desleal sino únicamente aquella que o bien se produjera mientras aún prestaba sus servicios para la actora aprovechándose de medios de la propia empresa o bien la que se hubiera captado con posterioridad aunque de cualquier otra manera que pueda ser reputada como desleal.

En la resolución recurrida no se ha entrado a examinar con el debido detalle cuáles han sido los clientes de Momentum captados por Global mientras la Sra. Adoracion aún prestaba sus servicios para la primera, sino que el Juez *a quo* se ha limitado a considerar como probado, de forma un tanto amplia y genérica, que hubo captación de clientela. Y de los términos con los que se funda la acción de resarcimiento parece derivarse la idea de que se considera desleal la captación de todos los clientes que pasaron de una sociedad a otra, con independencia del momento en el que lo hicieron o las concretas razones que motivaran ese cambio.

La Sala no puede compartir que exista captación desleal de la clientela cuando no existen datos concretos que permitan avalar la idea de que se produjera efectivamente una captación generalizada de la clientela de la actora por parte de la demandada mientras la Sra. Adoracion aún trabajaba para aquella y cuando el único dato constatado es que una parte de los clientes de Momentum decidieron seguir a la Sra. Adoracion .

Los únicos datos concretos a los que se hace referencia en la demanda, y sobre los que por consiguiente ha podido fundar su convencimiento el Sr. Juez de primera instancia, son relativos a un único cliente: Reckitt Benkiser. Únicamente sobre este cliente se encuentran en la demanda alegaciones fácticas que permitan sostener la idea de que pudieran haber existido contactos previos de la Sra. Adoracion dirigidos a captarlo para Global, al afirmarse al final de hecho tercero (pág. 5 de la demanda) que <<se ha descubierto información conforme a la cual queda acreditado que las demandadas estuvieron trabajando desde MOMENTUM TASK FORCE para realizar una acción los días 28 y 29 de septiembre, utilizando los recursos de MOMENTUM>>.

Que no existan en la demanda datos concretos relativos a otros clientes es muy significativo: constituye un valioso indicio de que no hubo una actuación generalizada de la Sra. Adoracion dirigida a la captación de esos clientes antes de desvincularse de la actora. Que la hubiera podido haber después de concluida su relación laboral es ya irrelevante, desde la perspectiva que aquí se contempla, incluso aunque lo hubiera sido con una



gran proximidad temporal. Lo significativo es que no está acreditado que la hubiera habido dentro del período de tiempo en el que la demandada permanecía aún trabajando para la actora.

Es cierto que en contra de esa idea militan dos circunstancias de las que podría derivarse que la Sra. Adoracion intentó desviar la clientela mientras aún trabajaba para Momentum: (i) de una parte, que dos semanas antes había constituido la sociedad con la que pensaba instalarse en el mercado por su cuenta haciéndole la competencia a su empleadora; (ii) de otra, que tuvo éxito en su propósito, y está acreditado que meses más tarde había conseguido hacerse con una parte de la clientela de la actora.

El primero de esos indicios se estima poco significativo atendidas las razones que a continuación se exponen: (i) primera, que constituyera la sociedad no significa que la misma se pusiera a operar inmediatamente; y (ii) segunda, que la constitución de esa sociedad se hizo únicamente dos semanas antes de la comunicación del preaviso, de manera que tampoco puede juzgarse como una actuación en sí misma irrazonable, particularmente si se atiende a que la demandada debió haber madurado su decisión durante el período vacacional y a que pensaba continuar su actividad en un ámbito en el que el tiempo es un factor importante.

Tampoco el segundo es determinante. Que consiguiera atraer hacia su empresa a una parte de la clientela de Momentum no tiene por qué significar que lo hiciera de manera incorrecta o desleal sino que es muy razonable que no sea otra cosa que muestra del buen funcionamiento del mercado, en el que los nuevos operadores que entran pueden competir ventajosamente en precios o servicios desplazando a los anteriores. Ese es el principio de la economía de mercado que con las normas sobre **competencia desleal** se pretende favorecer, no obstaculizar. De manera que no puede presumirse que cualquier desplazamiento de la clientela sea sospechoso de constituir una conducta desleal. Lo que debe presumirse es que es consecuencia del normal y buen funcionamiento del mercado, de manera que quien pretenda lo contrario debe probarlo.

En resumen, no hay prueba en las actuaciones que permita sostener la idea de que existiera una captación de la clientela con carácter general utilizando medios ilegítimos, de manera que tal acto sea susceptible de ser considerado como acto de **competencia desleal**. Y a continuación se examinará si existe prueba de que al menos se hubiera producido la captación ilegítima de uno de los clientes, un cliente muy significado por el volumen de facturación.

#### **NOVENO. Sobre la presunta captación desleal de un cliente muy significado**

El hecho de que no esté acreditado que haya existido una captación desleal de una parte significativa de la clientela no es suficiente para excluir que pueda existir una conducta desleal por parte de la demandada, atendido que también podría existir captación desleal cuando, siendo destinatario de la misma un único cliente, el mismo tenga un peso muy significado. Y que Reckitt es un cliente muy significado no se cuestiona, al menos desde la perspectiva de Global, dado que frente a él ya facturó sólo en el último trimestre de 2007 una cantidad de 268.232,29 euros, del total de 277.581,91 euros que facturó durante el ejercicio 2007 a todos sus clientes. Lo que no se conoce, y hubiere sido lo más relevante, es el peso específico que ese cliente representaba desde la perspectiva de la actora. Pese a ello, se aceptará, al menos a los efectos argumentales, que también se trata de un cliente muy significado. Habrá que analizar, por consiguiente, si la captación de ese cliente se hizo de manera desleal, como se sostiene por la parte actora y se estima en la resolución recurrida.

La parte demandada combate las apreciaciones que se hacen en la Sentencia de primera instancia y aduce que en realidad si el cliente se marchó a Global no fue por la manipulación de la Sra. Adoracion sino exclusivamente porque se trataba de un cliente fidelizado por la misma por consecuencia de su buen hacer profesional.

El punto de partida para analizar la relación entre la Sra. Adoracion y Reckitt son las afirmaciones que se hacen en la demanda, a las que ya se ha hecho referencia en el fundamento anterior y que aquí se reproducen. Obran al final de hecho tercero (pág. 5 de la demanda) y son del siguiente tenor: <<se ha descubierto información conforme a la cual queda acreditado que las demandadas estuvieron trabajando desde MOMENTUM TASK FORCE para realizar una acción los días 28 y 29 de septiembre, utilizando los recurso de MOMENTUM>>.

En el hecho sexto de la demanda (págs. 21 y ss.) se detallan en qué consistieron tales contactos: se trata de una actuación incluida dentro de un plan de acción mucho más dilatado y que el cliente (Reckitt) decidió anular durante los últimos días de agosto, si bien manteniendo una concreta acción (una azafata promoviendo productos de la marca Calgonit) en Valladolid Parque Sol. Se afirma por la actora que esa actuación se llevó a cabo de espaldas a Momentum, que ni siquiera pudo facturarla al cliente. Las demandadas niegan que esa actuación se haya llevado a cabo por cuenta de Global o que la misma se haya beneficiado por consecuencia de ella.

Está acreditado, a partir del doc. 19 de la demanda, que la actuación referida se llevó a cabo, si bien en ella la Sra. Adoracion y la Sra. Maribel actúan en todo momento en nombre y por cuenta de Momentum, no de Global. Por consiguiente, ese dato no permite sostener la idea de que las demandadas hicieran suyo un



encargo de la actora. Por otra parte, los docs. 17 y 18 de la demanda son bien elocuentes, particularmente el segundo, sobre las razones de la ruptura de Reckitt con la actora, que fue fruto de una decisión **empresarial** de optar por el proveedor que creía que le podía ofrecer mejores servicios. A ello debe añadirse que, según lo que resulta del doc. 24 demanda, un e-mail de D.<sup>a</sup> Esperanza , de Reckitt, a D.<sup>a</sup> Estibaliz , de la actora, el cese de la colaboración entre ellas puede considerarse que se produce en fecha 26 de septiembre de 2007, esto es, unos días después de haberse desvinculado la Sra. Adoracion .

Si se atiende de forma particular al e-mail que el día anterior D.<sup>a</sup> Estibaliz remitió a la propia Sra. Esperanza , que obra unido formando parte del mismo documento 24 de la demanda, en esa fecha únicamente quedaban pendientes de pago 2 facturas por importe de 131.366,57 euros y vencimiento el siguiente día 30 de septiembre, así como los gastos de mensajería correspondientes a un material propiedad de Reckitt y que se encontraba en poder de la actora y que aquella solicitó que le fuera remitido a Global. Los términos de ese e-mail no sugieren la idea de que se hubiera querido actuar con un especial secretismo, ni por parte de Reckitt, a quien nada le iba en el conflicto surgido entre Momentum y quien fuera su empleada, la Sra. Adoracion , ni tampoco por parte de esta última, que estaba perfectamente al corriente de las relaciones entre las partes, de manera que, si hubiera tenido un especial interés en ocultar sus relaciones con Reckitt, como sugiere la actora, no hubiera dejado ese problema pendiente sino que se hubiera anticipado a él mientras aún tenía el control de la situación en la empresa. Y que no se trata de un dato nimio se deriva de la insistencia de la Sra. Esperanza a la Sra. Estibaliz para que le fuera remitido con urgencia el material a Global, probablemente porque fuera preciso para las acciones previstas para el fin de semana de los días 28 y 29 de septiembre y el siguiente, días 5 y 6 de octubre.

También insiste la actora en que en el doc. 25 de la demanda se ofrece una prueba más de que se produjo un acto de apropiación de una campaña concertada entre Reckitt y Momentum por parte de Global. Se trata de e-mails cruzados entre la Sra. Esperanza y la Sra. Adoracion , dos de ellos de los días 13 y 14 de septiembre y otros anteriores del día 3 del propio mes. Particularmente, los de fecha 13 y 14 de septiembre hacen explícita referencia a las acciones que Reckitt pensaba desarrollar durante el fin de semana de los días 28 y 29 de septiembre y el de los días 5 y 6 de octubre y que finalmente no llevó a cabo Momentum sino que lo hizo Global. Es cierto que de esos documentos se deriva que la Sra. Adoracion ya se encontraba trabajando sobre esas acciones pocos días antes de que comunicara su voluntad de marchar a Momentum, pero lo relevante es que lo hacía entonces en nombre e interés de Momentum, como esos documentos evidencian. Que finalmente esas acciones no las terminara ejecutando la actora y lo hiciera Global, no es por sí mismo indicativo de la existencia de un proceder irregular por parte de la Sra. Adoracion , si se atiende a lo que a continuación se expone en relación con la causa de que ello ocurriera.

La Sra. Esperanza , una testigo que merece credibilidad, atendida su condición de tercera ajena al conflicto que enfrenta a las partes, en su declaración testifical, emitida durante las sesiones del juicio, ofreció todas las claves para entender la decisión de Reckitt: la razón por la que solicitó que las acciones pendientes de ejecución de la campaña de Calgonit que hasta entonces había venido ejecutando Momentum las pasara a ejecutar Global fue exclusivamente su propio interés en que esas acciones de promoción resultaran bien, lo que no quedaba asegurado una vez la Sra. Adoracion marchó de Momentum. La causa de esa preocupación se encuentra en que, al menos en opinión de la Sra. Esperanza , que era quien decidía por cuenta de Reckitt, únicamente la Sra. Adoracion se encontraba en condiciones de poder asegurar esa correcta ejecución, gracias al conocimiento adquirido durante la parte de la campaña ya ejecutada.

Por otra parte, no puede confundirse, como hace la actora interesadamente, la campaña con los concretos encargos de promoción. No puede perderse de vista que, aunque la campaña de promoción sea dilatada en el tiempo, en cambio, los encargos promocionales o acciones concretas no lo son tanto. De manera que no resulta incompatible el hecho de que Momentum hubiera realizado parte de la campaña con la circunstancia de que la otra parte la ejecutara Global, porque el cliente se reservaba la posibilidad de encargar al agente de publicidad las actuaciones concretas, o acciones promocionales, que consideraba conveniente. Por ello no cabe establecer una relación, al menos desde una perspectiva jurídica, entre los actos de preparación de esas acciones, que la Sra. Adoracion estaba llevando a cabo mientras aún trabajaba para Momentum, con los de ejecución de tales acciones, que finalmente llevó a cabo para Global. Durante aquellos primeros actos no existía aún un compromiso serio o encargo formal, de manera que al cliente le era posible desvincularse del encargo, y no era infrecuente que ello ocurriera, por multitud de circunstancias. Que la Sra. Adoracion y Global resultaran beneficiadas por esa coyuntura no significa, necesariamente, que actuaran de manera desleal. Lo determinante está en que la justificación del cambio de proveedor de servicios debe considerarse como un acto libre de mercado: el cliente << no se la quiso jugar >>, como tan gráficamente lo expresara la Sra. Esperanza en el acto del juicio, dejando la gestión de una importante campaña de promoción en manos de un proveedor del que se había marchado la única persona en la que tenía depositada su total confianza para garantizar el éxito de la campaña.





En suma, lo determinante es que la decisión del cambio por parte del cliente se basó en exclusiva en la fidelización de la que había sido objeto ese cliente por parte de la Sra. Adoracion . Así se reconoce en la Sentencia recurrida, particularmente en el punto 16 del fundamento jurídico 4.º, donde se dice que, de acuerdo con las manifestaciones de la Sra. Esperanza , a quien se considera como una testigo incuestionable, a Reckitt << no le quedó más remedio que trasladar el servicio a una nueva sociedad puesto que la Sra. Adoracion era la que gestionaba directamente esos proyectos >>. Ello permite excluir que esa captación pueda considerarse como un acto desleal.

Por otra parte, tampoco se puede ignorar el hecho de que esa suerte de especial vinculación, no es más que consecuencia de la especial naturaleza de los servicios de promoción que se debían prestar, tal y como explicara la Sra. Esperanza con gran detalle, de manera que en realidad la actora no perdió al cliente sino exclusivamente las campañas de uno de sus productos: Calgonit. Está probado que luego le atribuyó otras campañas promocionales distintas durante el año 2008, concretamente las del producto Kalia, tal y como resulta de la importante facturación que emitió durante ese ejercicio frente a Reckitt y que se ha aportado a las actuaciones.

#### **DÉCIMO. Sobre el presunto borrado de datos de los ordenadores**

Otra cuestión debatida es la relativa al borrado de datos informáticos que la actora atribuye a las demandadas Sras. Adoracion y Maribel . En la Sentencia de primera instancia se ha considerado probado ese borrado y que el mismo es relevante desde la perspectiva del ilícito concurrencial del art. 5 LCD, atendido que el mismo << no sólo facilitaba el arranque de la nueva empresa, sino que también dificultaba a la antigua empresa a dar una respuesta adecuada a los clientes con servicios pendientes>>.

Frente a tal apreciación las recurrentes aducen que no es cierto que fueran autoras del borrado que se les atribuye y que el mismo no es relevante, atendido que no puede considerarse que afectara a datos importantes desde la perspectiva del normal desarrollo de la actividad.

Para dar respuesta a las cuestiones que se plantean sobre este particular es preciso partir de un dato que se ofrece en la propia demanda: que se acudió de forma inmediata, a partir del día siguiente a la marcha de las demandadas, esto es, el 21 de septiembre a cotejar la información que quedaba en los ordenadores personales de las empleadas con los *buck-up*, esto es, las copias de seguridad almacenadas por el prestador de los servicios de informática, lo que permitió constatar que se había borrado información. Pues bien, aunque así fuera, el acto sería intrascendente desde la perspectiva que aquí se contempla, esto es, si del mismo se podría derivar una ventaja competitiva. Si se considera lo fácil que le resultaba a la parte restaurar la información presuntamente perdida resulta obvio la intrascendencia de ese hecho, aún en el caso de que efectivamente se hubiera producido, pues no se trataría propiamente de un acto de obstaculización.

#### **UNDÉCIMO. Costas y recurso de la Sra. Maribel**

Resulta de los anteriores fundamentos que la demanda deba ser íntegramente desestimada, de lo que se deriva que las costas del proceso le deban ser impuestas a la parte actora, al no apreciarse la concurrencia de razones que puedan conducir a apartarse del criterio objetivo del vencimiento establecido en el art. 394 LEC. De ello también se deriva la suerte del recurso de la Sra. Maribel , limitado a las costas, y que, por consiguiente, debe estimarse en sus propios términos. Por otra parte, tampoco debe ignorarse que en la regulación de las costas no se ha dado cabida, como criterio corrector del objetivo del vencimiento, a la existencia de razones de equidad, sino que el criterio objetivo del vencimiento exclusivamente se modera por el Legislador acudiendo a las serias duras de hecho o de derecho, lo que exige justificar en qué consisten las mismas o de dónde provienen.

Conforme a lo que se establece en el Art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas del recurso, al haber sido estimada la apelación.

#### **FALLAMOS**

Estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por Global Field Marketing BCN, S.L., D.ª Maribel y D.ª Adoracion contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de fecha 27 de julio de 2009, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca y en su lugar se acuerda desestimar íntegramente la demanda de Momentum Task Force, S.L. contra las referidas demandadas con imposición a la parte actora de las costas de la primera instancia y sin hacer imposición de las costas del recurso.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas preparar recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.



Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ