



Roj: **SAP Z 1553/2012 - ECLI:ES:APZ:2012:1553**

Id Cendoj: **50297370052012100276**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **06/06/2012**

Nº de Recurso: **233/2012**

Nº de Resolución: **351/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Zaragoza, núm. 2, 31-01-2012,
SAP Z 1553/2012**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00351/2012

SENTENCIA Nº 351/2012

ILMOS. Señores:

Presidente:

D. JAVIER SEOANE PRADO

Magistrados:

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

En ZARAGOZA a seis de junio de dos mil doce

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 17/2011, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 233/2012, en los que aparece como parte apelante, CMP ASESORAMIENTO Y MEDIACION S.L., representado por el Procurador de los tribunales, D. ANGEL ORTIZ ENFEDAQUE, asistido por el Letrado D. LUIS FRANCISCO BERMEJO REALES, y como parte apelada, Emilio , CORREDURIA DE SEGUROS MIGUEL UCETA S.L., representado por el Procurador de los tribunales, Dña. NURIA JUSTE PUYO, asistido por el Letrado D. MARIA PILAR LOPEZ MATEO, siendo el Magistrado Ponente - el Ilmo. D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **sentencia** apelada de fecha 31 de enero de 2012 , cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: ".Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva de DON Emilio y desestimando la demanda interpuesta por "CMP ASESORAMIENTO Y MEDIACION S.L." representada por el Procurador Sr. Ortiz Enfedaque contra la "CORREDURIA DE SEGUROS MIGUEL Y UCETA S.L.y desestimando la reconención interpuesta por "CORREDURIA DE SEGUROS MIGUEL Y UCETA S.L.. contra "CMP ASESORAMIENTO Y MEDIACIÓN S.L. " absuelvo libremente a CORREDURIA DE SEGUROS MIGUEL Y UCETA S.L. y a "CMP



ASESORAMIENTO Y MEDIACION S.L. de los pedimentos efectuados en su contra sin empresa condena en costas."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de CMP ASESORAMIENTO Y MEDIACIÓN S.L. se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria IMPUGNARON la sentencia, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos y CD, y personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 4 de junio de 2012.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia recurrida, y

PRIMERO .- En el procedimiento sometido a enjuiciamiento de este tribunal, se plantean por ambas partes respectivos incumplimientos de la contraria en el ámbito de la "Competencia Desleal". Así quedó concretado en la fase de Audiencia Previa. Dictada sentencia absolutoria tanto respecto a la demanda principal como a la reconvenional, recurren las dos partes reproduciendo sustancialmente las tesis y pretensiones de la primera instancia.

A tal fin, recogeremos las posiciones de ambas partes para centrar el discurso fáctico y jurídico necesario para resolver tales recursos.

Así la parte actora principal, correduría de Seguros "CMP Asesoramiento y Mediación S.L." (en adelante "CMP") dirige sus acciones contra "Correduría de Seguros Miguel Uceta S.L." (en adelante "MyU") y contra D. Emilio , adminisstrador único de "MyU".

Desde el año 2001 "CMP" y D. Emilio colaboraban en el campo de los seguros. Aquélla como correduría y éste como colaborador o auxiliar externo.

El 24 -octubre- de 2002 firman un Acuerdo Marco de colaboración, esta vez entre "CMP" y "MyU". Este acuerdo marco llevaba como anexos un "Acuerdo de sustitución" y un "Contrato de Colaboración". Ambos de la misma fecha.

Además, desde el 5 -febrero- 2008, D Emilio pasa a ser miembro del "Comité de socios profesionales" de "CMP", aceptando el Reglamento interno correspondiente a esa condición.

En 2009 (escritura notarial de 16 -diciembre-) "MyU", constituida en 1995, cambia su objeto social de agencia de seguros por el de correduría de seguros. El 4 enero. 2010 "MyU" solicita a la Administración autonómica (D.G.A.) la concesión de la autorización como correduría de seguros de ámbito autonómico.

El 14 -enero- 2010 "MyU" entrega carta manuscrita a "CMP" comunicando que se ha transformado en corredora de seguros y solicitando el cambio de la "posición mediadora" a su favor respecto a las pólizas de los clientes de "MyU"; es decir, aquellos contratos respecto de los cuales "MyU" venía siendo colaboradora o auxiliar externo de "CMP".

Ante la negativa de "CMP", "MyU" remite a "CMP" carta por conducto notarial (20 -enero- 2010), dando por resueltas las relaciones de colaboración a partir del 22 enero-2010 y alegando una serie de causas económicas, organizativas, personales y jurídicas.

A raíz de ello, "CMP" se queda sin oficina en Zaragoza y alquila otra en Plaza de Aragón nº 6, con fecha 23 -febrero- 2010. Va perdiendo otros colaboradores externos. De 23 (incluyendo a "MyU") en enero de 2010 se queda con 11 en julio de 2010 (según el perito de la demandante). Entiende "CMP" que inducidos ilícitamente por "MyU".

A su vez, "MyU" remite cartas a los tomadores de las pólizas a fin de que cambien la posición mediadora de "CMP" a "MyU", con una redacción que para la actora principal crea confusión en el destinatario, facilitando una información inexacta y equívoca.

"CMP" denunció administrativamente el comportamiento irregular de "MyU", solicitando su revocación como correduría de seguros, entre otras razones, por tramitar pólizas no concluidas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Estos comportamientos entiende "CMP" que están incardinados en los arts de la ley de Competencia Desleal siguientes: 6 y el 25 de la nueva redacción de la ley (dada por ley 29/09) (confusión); 14-2 (inducción a



la terminación regular de un contrato y aprovechamiento en beneficio propio de infracciones contractuales ajenas); y art 4-1 actual y 5 de la precedente redacción (comportamiento objetivamente contrario a la buena fe en el mercado).

Todas estas actitudes le han ocasionado daños económicos que cifra en 1.143.440,77 Euros.

SEGUNDO .- La contestación a la demanda distingue entre ambos codemandados. D. Emilio como persona física no ha realizado ninguna de las actividades en que apoya "CMP" sus pretensiones. Su condición de socio profesional es meramente nominal o formal; en absoluto responde a realidad alguna. Por tanto, falta de legitimación pasiva.

Respecto a la sociedad "MyU, S.L.", no niega los hechos recogidos en la demanda. Sí su interpretación. Y añade otros que matizan aquellos.

Así, la carta manuscrita de 14 -enero- 2010 no fue remitida, sino que fue consecuencia de una tensa reunión ese mismo día en Lérida en la que se trató directamente la nueva situación propuesta por "MyU".

Además, a la carta enviada notarialmente a "CMP" el 21 -enero- 2010 (febrero 19-1-2010) contestó "CMP" por el mismo conducto notarial, carta de 22 -enero- 2010. Misiva que es interpretada de forma distinta por cada una de las partes.

En cuanto a las oficinas en Zaragoza, (Pº Pamplona nº 1) se pagaron por "MyU" así como los empleados que allí trabajaban. No era una delegación de "CMP".

Sólo a partir de 22-enero-2010 "MyU" se dirigió a auxiliares y clientes para comunicar la situación. También a las aseguradoras.

A su vez, acusa "MyU" a "CMP" de remitir cartas a los clientes que considera contrarias al honor de "MyU", instándole en abril -2010 a que cese en tal actitud.

Los auxiliares o colaboradores de "CMP" dejan de trabajar con ella, bien porque la misma les rescinde los contratos o porque voluntariamente abandonan tal colaboración. No por inducción de "MyU".

Tampoco hay confusión en los clientes, que -en definitiva- eligen voluntariamente quien ha de ser su mediador. Ni se falsificaron las firmas de éstos para que modificaran la elección de su mediador.

TERCERO.- Reconviene, a su vez, "MyU" y pide (según concreción hecha en la Audiencia Provincial) el cese y rectificación de "CMP" en su comportamiento desleal, representado por:

- a) Cartas remitidas a los asegurados con un contenido engañoso, pues hace creer a éstos que en el Paseo de Pamplona hay una delegación de "CMP", lo cual es incierto.
- b) Actos de denigración sobre la falsedad de firmas y apropiación de primas.
- c) Deslealtad por impedir el cobro de comisiones de la Cartera Caser.

Por tanto, arts 6 , 9 y 4 (actual) de la L.C.D .

Deslealtad obviamente negada por "CMP", bien respecto a los hechos, bien -en su caso- en cuanto a la intencionalidad y subsunción en ningún tipo de la ley de Competencia Desleal (L.C.D.).

CUARTO.- Legitimación pasiva de D. Emilio .-

En primer lugar habremos de resolver dicha situación. El hecho de que el Sr. Emilio sea administrador único de "MyU", e incluso aunque fuera una sociedad unipersonal, no resuelta suficiente como para identificar socio o administrador con Sociedad. Los actos denunciados como desleales tienen como protagonista a "MyU S.L.". Es ésta la que se constituye en Correduría de Seguros y la que realiza las actuaciones propias de una concurrencia en el mercado. Ciertamente a través de una persona física, el Sr. Emilio . Pero ello no identifica la persona física (representante) con la jurídica (representada). Para que así ocurra es necesario que se den los requisitos de la doctrina del "levantamiento del velo". Es decir, que la forma jurídica externa (Sociedad) sea utilizada con fines espúreos y con ánimo defraudatorio en interés de la persona física que -en definitiva- será la beneficiaria directa (no sólo indirecta) de los resultados que sólo aparentemente recoge la persona jurídica.

No es este el caso. El acuerdo marco de 2002 y sus anexos (Acuerdos sustitución y Colaboración) no se suscribieron con D. Emilio , sino con "MyU". Las relaciones jurídicas lo fueron siempre entre sociedades. No puede ahora "CMP" desdeñarse de los acuerdos y de su desarrollo durante 8 años y afirmar que con quien de hecho quería contratar era con la persona física. Con el Sr. Emilio contrató en 2001. Pero a partir de 2002 lo hizo con "MyU". El propio D. Alfonso reconoció en su declaración que al principio la relación fue con D. Emilio persona física.- Luego con "MyU" sociedad limitada.

Cierto es que hay un comité de socios profesionales. De la documentación unida a la demanda principal (docs 8 y 9), así como de las declaraciones de los hermanos Alfonso , se deduce que el socio profesional era la persona física D. Emilio y no "MyU". Por lo tanto, la actividad concurrencial con "CMP" no la desarrolla el Sr. Emilio , por lo que no incumpliría el Reglamento de los socios profesionales.

Pero, además, las cláusulas reglamentarias que según "CMP" afectarían al comportamiento del demandado, Sr. Emilio (3.5, 3.15a, 3.15d y 3.16) obligan a la exclusividad colaboradora con "CMP" y a la fidelidad propia de esa colaboración en exclusiva. Pero no impiden (aunque la redacción de la cláusula 3.6 es dudosa), ni pueden impedir, que en un momento concreto el colaborador desee dejar esa colaboración para colaborar con quien quiera (con las limitaciones de cartera que se hubieran aceptado, en su caso), o incluso quiera competir con su principal.

Negar esa posibilidad atentaría frontalmente contra los principios que regulan tanto la L.C.D. como la C.E. (art 38).

Pero, en segundo lugar, la prueba ha mostrado que el Comité de Socios profesionales carecía de relevancia real, pues los hermanos Alfonso ni han descrito ni han aportado documentación relativa al contenido de sus escasas reuniones. Por lo tanto, más bien constituiría un elemento formal de reiteración expresa de los genéricos deberes de lealtad y fidelidad entre los colaboradores y su principal. Principios inanes respecto al derecho a competir lealmente una vez fuera de la estructura empresarial.

Por lo tanto, procede mantener la absolución del Sr. Emilio .

QUINTO. - Costas

Aunque formalmente existen resquicios literarios para introducir a la persona física en la discusión fáctica y jurídica de la deslealtad competencial, considera este tribunal que no se trata de bases profundas como para sustentar la aplicación de la excepción del art 394 LEC .

Existe o puede existir un discurso jurídico y fáctico con argumentos a favor y en contra de una u otra tesis, pero ese fenómeno silogístico sin más no es suficiente para fundamentar una excepción que -como tal- ha de ser de interpretación restrictiva.

Por lo que procederá la condena en costas de la parte actora respecto a las acciones ejercitadas frente a D. Emilio .

SEXTO .- Principios Generales

Antes de entrar a valorar individualizadamente los supuestos objeto de enjuiciamiento, es preciso enmarcar la competencia desleal dentro de los límites propios de la misma. Esta sala, haciéndose eco de la jurisprudencia mayoritaria al respecto, ha reiterado que la LCD realiza tipificaciones muy restrictivas, puesto que nuestro sistema económico parte del principio de libertad de empresa, de competencia y funcionamiento concurrencial en el mercado, a fin de que el consumidor o cliente pueda elegir el producto que más le interese, confrontando calidades y precios (STS 5 -junio- 1997). Por lo tanto, no por ser incómodas las prácticas concurrenciales han de recibir el calificativo de desleales (S.A.P. Zaragoza secc 5ª, 18-3-2005). Los intereses o bienes jurídicos que protege la L.C.D. son esencialmente tres:a) el interés privado de los empresarios; b) el interés colectivo de los consumidores y c) el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado (Ss secc 5ª A.P. Zaragoza, 27-2-2007 , 10-5-2006 , 16-11-2009 y 12-3-2008).

Estas máximas se ven implementadas con la ley 29/09, de 30 -diciembre- (entrada en vigor el 1-enero-2010), que traspone la Directiva 2005/29/CE, dirigida especialmente a regular las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Que son, por tanto, directamente perjudiciales para los intereses económicos de éstos y, por ende, indirectamente perjudiciales para los competidores legítimos. Acude para ello a la figura del "Consumidor medio" y concreta en el art 4 LCD la cláusula general antes recogida en el art 5.

Por ello acudiremos a la legislación vigente en el momento de realización de los actos reputados como desleales. Sin perjuicio de entender que la modificación operada por la ley 29/09, al no ser rupturista, permite una interpretación integradora y fluida de sucesos que pudieran encontrarse a caballo de ambas regulaciones.

SEPTIMO .- Actos de confusión

Inserta "CMP" varios de los comportamientos de "MyU" en los textos de los arts 6 (redacción anterior) y 25 (redacción actual) de la L.C.D ..



Es decir, la actuación idónea para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno; así como el riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto a la procedencia de la prestación. Lo que resultará suficiente para fundamentar la deslealtad de la práctica.

La concreción del art 25 actualmente en vigor no modifica la esencia del bien protegido ni los elementos de calificación. Con una redacción más directa reputa desleal la comercialización de un determinado producto con la finalidad deliberada de inducir al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de un determinado empresario, no siendo ello cierto.

Considera "CMP" que las cartas remitidas por "MyU" a los clientes o tomadores de las pólizas (doc 31 a 33 de la demanda), son equívocas e incurren en el tipo de los arts 6 y 25 L.C.D . (redacción anterior y actual). Se trata, por tanto, de misivas posteriores a la modificación llevada a cabo por la ley 29/09, por lo que serán de aplicación ambos preceptos, pues el art 6 mantiene su contenido.

Son muchos los artículos doctrinales y las resoluciones judiciales que han tratado de discernir entre el contenido u objeto de los arts 6,11 y 12 y ahora entre el 20 y 25. Protección de las creaciones formales o materiales, competencia de uno u otro precepto. Pero, en uno y otro caso, hablemos de "confusión" o de "imitación confusoria", la interdicción de tales comportamientos parte de la voluntad del legislador de preservar la independencia del consumidor a la hora de elegir los productos y servicios que desea consumir; que en su análisis no sufra interferencias que lo confundan, perviertan su juicio valorativo y le lleven a adquirir contra su voluntad productos o servicios distintos a los que hubiera elegido de no mediar aquella distorsión de su proceso intelectual de elección y selección (S.T.S. 9-diciembre-2010).

El concepto de "confusión" de nuestro ordenamiento es amplio. No sólo el riesgo directo, es decir, la confusión por parte del consumidor sobre la identidad de la empresa o del producto, sino también el riesgo de asociación, cuando el consumidor no sufre confusión acerca de la identidad de la empresa de procedencia, sino que supone equivocadamente que entre las empresas oferentes de cada producto hay relaciones económicas, comerciales, organizativas , etc. (Ss. A.P. Barcelona, secc 15 , 28-6- 2002 y Valencia secc 9ª, de 28 -1-2004).

Más claramente la S.A.P. Barcelona, secc. 15, de 20-enero-2012 al citar a las S.T.S. 20-mayo-2010 , identifica la "confusión" con los medios de identificación o presentación de la empresa, de sus prestaciones o de sus establecimientos en el mercado.

A tal fin habrá que realizar las comparaciones pertinentes, como recuerda la propia E. de M. de la ley 29/09 al recoger un concepto de inicial acuñación jurisprudencial en el ámbito de la propiedad industrial, introduciéndose en el mecanismo decisorio de un "consumidor medio". "Como la reacción típica del consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos". Lo que deja a los tribunales la concreción caso por caso de esa reacción.

OCTAVO .- Actor de confusión (2)

Pues bien, para analizar a la luz de los citados arts 6 y 25 L.C.D . las cartas que pudieran infringirlos, habrá que concretar primero la situación contractual existentes entre "CMP" y "MyU" en el momento de remitirse aquéllas.

Como consecuencia de los acuerdos del año 2002 "MyU" traspasó su posición mediadora a "CMP", por lo que los clientes ya no eran de "MyU", sino de "CMP". Aquella colaboraba con ésta, le podía conseguir clientes, pero no eran suyos, sino de "CMP". Habría, pues, una cartera de "sustitución" (la traspasada en 2002) y otra de "colaboración" (la creada a partir de esos acuerdos).

Como consecuencia de los desencuentros de finales de 2009 y principios de 2010, "MyU" da por resuelta la relación por los incumplimientos de "CMP" (acta notarial 21-enero 2010). Ésta acepta la conclusión de la relación (en su carta de 22-enero-2010, folio 722 de los autos), pero no admite que sea por culpa suya, ni que la posición mediadora vuelva automáticamente a "MyU". Así se infiere del último párrafo de la carta de "CMP" (f. 722vto), referida a la cartera de "sustitución".

En esta situación, cuando menos de incertidumbre jurídica respecto a la vigencia de los acuerdos de colaboración y sustitución ya descritos, habrán de examinarse las cartas. Quizá recordando que es doctrina pacífica que la resolución contractual si no es de mutuo acuerdo ha de decidirse judicialmente.

Así, pues, el contenido de las cartas no es exactamente igual, aunque su espíritu o intención es la misma. Comunicar a los antiguos clientes de "MyU" o aquellos que hubiera conseguido para "CMP", que "MyU" ya no colabora con aquélla y que les va a seguir atendiendo igual. En el mismo lugar, por las mismas personas, pero ya exclusivamente ella como mediadora o corredora de seguros, no como auxiliar o colaboradora de la correduría de Lérida, "CMP".

Da por hecho que los clientes van a querer trasladar la condición de mediador a "MyU", por lo que les invita, casi conmina, a que rellenen unos documentos de aceptación del traspaso de mediador. No ofrece sus servicios, sino que da a entender al cliente que le pertenece y que por ello ha de cambiar la documentación.

Obviamente, esta interpretación (ex arts 1281 y sgs C.c .) induce a confusión al cliente. En este sentido, el requisito de "idoneidad" del art 6 LCD no exige que se consume la confusión, sino que es suficiente -con un juicio objetivo- que tal comportamiento tenga la entidad suficiente para provocar ese estado distorsionado en el cliente o consumidor.

En efecto, aunque la mayoría o todos los clientes receptores de esas cartas hubieran aceptado como nuevo corredor de sus seguros a "MyU", lo cierto es que no recibieron el mensaje adecuado para preservar la posición competencial de "CMP" y que hubiera sido más bien en el sentido de "¿desea seguir con "CMP" o prefiere los servicios de la nueva correduría "MyU"?".

Al mismo resultado llegaríamos aplicando el art 25. Se promociona un servicio (la mediación en los seguros) haciendo creer que el titular de esa posición mediadora es "MyU" cuando -como mínimo- tal dato resultaría dudoso y jurídicamente discutible.

Como muestra de ello la testifical de D. Nazario y el doc 32 de la demanda. Con independencia de que este señor (a la sazón presidente de una comunidad de propietarios) hubiera querido estar siempre con D. Emilio, las firmas de las cartas de 18 -junio- 2010 (doc 32 demanda) y 15 -abril- 2011 (doc 80 ter contestación: Audiencia Previa), corroboran la confusión creada con las cartas de "MyU".

Hay, pues, competencia desleal por confusión.

NOVENO. -Inducción a la terminación regular de un contrato y aprovechamiento en beneficio propio de infracciones contractuales ajenas.

Utiliza "CMP" el art. 14 L.C.D . para absorber en él el comportamiento de una serie de Auxiliares o colaboradores suyos que abandonaron tal colaboración y que dicho comportamiento, bien inducido por "MyU", bien aprovechado sin previa inducción, constituirían competencia desleal. Se refiere más concretamente a los hechos recogidos en los párrafos 17 a 20 de la demanda; documentos 14 a 30 de la demanda principal.

Como ha reiterado la doctrina jurisprudencial, los ilícitos del art 14 LCD comprenden tres modalidades: a) la inducción a la infracción de los deberes contractuales (apartado 1); b) la inducción a la terminación regular del contrato (apartado 2) y c) el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena.

La modalidad a) sólo exige la inducción, mientras que las b) y c) requieren que, además, concorra alguna de las circunstancias que expresa el precepto (S.T.S. 23 -mayo- 2007).

En nuestro caso, tanto de la redacción del hecho cuarto de la demanda, como de los apartados B y C del párrafo 2 de sus fundamentos de Derecho, "CMP" se refiere a los supuestos contenidos en el apartado segundo del art 14. Es decir, la inducción a la "terminación regular de un contrato" y al "aprovechamiento de infracciones contractuales ajenas".

Por ello, no basta con que "MyU" contactara con otros auxiliares o colaboradores de "CMP" a fin de que cesaran en dicha relación, posiblemente para pasar a colaborar con "MyU". Se precisaría algo más para incurrir en los tipos de deslealtad del art 14. Es decir, en este caso (en el que no se habla de difusión de secretos empresariales de "CMP", ni de engaño a dichos auxiliares) la finalidad de "MyU" debería ser la de eliminar del mercado a "CMP". Esta dinámica se basa necesariamente en el principio de libertad de empresa y de trabajo (arts 35 y 38 C.E .), por lo que la interpretación del art 14 L.C.D . ha de ser forzosamente restrictiva (SAP Zaragoza, secc 5ª 126/07, 27 -febrero- 2007).

De hecho, la jurisprudencia confirma la licitud de la creación de una sociedad competidora aun antes de que los trabajadores fundadores (en este caso colaborador o auxiliar) se hubieran dado de baja en la empresa de la que la nueva va a ser competidora, si su actuación en el mercado no se inició sino cuando los trabajadores (en este caso colaboradores) ya se hubieran dado de baja en la primitiva empresa (S.T.S. 1 -abril- 2002). La S.T.S. 26 -julio- 2004 rechaza la tesis de la conspiración de ex-empleados con la finalidad de perjudicar a su anterior empresa, cuando lo que existía era una situación empresarial que creaba reticencias entre los trabajadores lo que -en palabras del Alto Tribunal- "explica su específica conducta (incluso en defensa de sus condiciones laborales preexistentes)".

Ha de haber, por tanto, "un indudable elemento subjetivo o intencional" (S.T.S. 1-abril- 2002 , citada por nuestra S. 267/06 , de 10 de mayo).



Concreta aún más la S.A.P. Barcelona, secc 15ª de 20 -enero- 2012 . No es infracción del art 14-2 LCD contactar con trabajadores experimentados de la demandante para que pasaran a prestar sus servicios a la demandada. *"Se sanciona la inducción a la resolución de contratos que persigue como objetivo principal mermar la capacidad competitiva del competidor, esto es, no interesa tanto el beneficio de los servicios que pueden prestar aquellos ex trabajadores del competidor, como lograr que dicho competidor no esté en condiciones de prestarlos adecuadamente"*.

DÉCIMO . - *Inducción.... (art 14 LCD)*.-

En el caso presente, los documentos 14 a 30 de la demanda no revelan ningún ánimo por parte de "MyU" de hacer desaparecer a "CMP" del tráfico de las corredurías de seguros. Se trata de documentos genéricos que, o bien contienen un contrato de colaboración entre "CMP" y el correspondiente auxiliar, o bien son cartas de "CMP" resolutorias de los pactos de colaboración y conminatorias para que no hagan nada que sea contrario a tal acuerdo ahora resuelto.

Ni de ello se infiere siquiera que pasaran a colaborar con "MyU", ni -aun así- qué perjuicios ilícitos hubiera ocasionado a "CMP" fuera de la lícita elección de otra correduría para colaborar. Esto último en hipótesis.

Pero, sobre todo, las testificales de los Auxiliares de "CMP" que depusieron en el juicio revelaban todas ellas un alto malestar para con su principal ("CMP"). Por una parte por tener que hacer cometidos impropios del colaborador (hacer pólizas, dar partes de siniestros...) y, por otra, por tener satisfechas a "CMP" las primas de los clientes y no haberlas "CMP" entregado a las aseguradoras, lo que dejaba a dichos clientes sin cobertura. Situación ésta que de forma indirecta ratificó el legal representante de CASER, cuando admitió que "CMP" le debía unos 300.000 Euros y que había establecido un plan de pagos.

La marcha de auxiliares del entorno de "CMP" no se puede imputar a "MyU". No hay prueba directa al respecto. Pero, en todo caso, la finalidad de la adhesión a "MyU" no sería eliminar a "CMP", sino competir con ella. Lo que resulta evidentemente lícito.

ONCE . - *Inducción (art 14 LCD)* . -

Situación especial es la de D. Agapito (docs 24 a 27). El mismo reconoce que resolvió su relación con "CMP" en enero de 2010, lo que aceptó ésta. Sin embargo, en noviembre de 2009 (doc 27) parece que el Sr Agapito facilitaría el desembarco de las pólizas del ITA (Instituto Tecnológico de Aragón) en la futura correduría de "MyU". Ahora bien, ese documento plantea dudas. Por una parte, que el correo inicial lo remite el propio D. Alfonso , por lo que no se puede entender como una actuación realizada a espaldas de "CMP". En segundo lugar, el propio Sr. Agapito remitía sus correos apellidándoles como "cmpseguros" y la destinataria de ellos acaba agradeciendo las gestiones de D. Agapito y de "CMP".

Parecen más bien negociaciones en el seno de "CMP" para que "MyU" se subroge en el contrato de colaboración del Sr Agapito y no un intento de expoliar a "CMP". Así se desprende de los documentos 33 y 34 de la contestación.

Pero, en todo caso, tales negociaciones, bajo ningún concepto tendrían como finalidad "eliminar" a "CMP" del mercado.

Por lo que hay que concluir, que no se da este tipo de competencia desleal.

DOCE . - *Comportamiento objetivamente contrario a la buena fe en el mercado (art 4.1 L.C.D . ley 29/09 y art 5 L.C.D .)*.

La vigente redacción del art 4 L.C.D . recoge el texto del art 5 de la precedente redacción y la complementa con una larga exposición específicamente referida a las relaciones entre empresarios y consumidores y usuarios. De tal manera que en las relaciones entre empresarios será plenamente válida la interpretación jurisprudencial que hasta ahora desarrollaba el art 5.

Se trata de una cláusula general de prohibición que se inspira en la legislación Suiza y que sanciona el ilícito de la deslealtad concurrencial, institucionalizándola como el "abuso de la competencia". Ahora bien, no configura un principio abstracto que luego se desarrolla en los tipos concretos. Establece una norma completa de la que se derivan deberes jurídicos concretos y no sólo a modo de iluminación de aquellos tipos desleales específicamente tipificados. Además, para algunos, la cláusula general constituiría una "válvula de autorregulación" del sistema, asegurando su adaptación a las circunstancias del mercado.

Consecuentemente, no procederá la aplicación de la cláusula general si la conducta enjuiciada encaja en cualquiera de los actos que han merecido un tipo propio. De ello se deriva la obligación de descartar precisamente que la conducta denunciada quede comprendida en alguno de los tipos contenidos en los arts 5 en delante de la L.C.D ..Por ello, parece lógico estimar que la cláusula general entre en juego en defecto de



la existencia y fijación de actos de deslealtad tipificada, o sea en relación con conductas no catalogadas. En este sentido, Ss. A.P. Zaragoza secc 5ª, 267/06, de 10 de mayo, 602/09, de 16 -noviembre-, y del T. Supremo 23 -marzo- y 8 -octubre- 2007, 3 -julio- 2008, 16 -junio- 2009 y 28 -septiembre- y 23 -mayo- de 2005.

A esta exégesis general se añade ahora la específica protección de los consumidores al dar entrada a la exigencia de la Directiva 2005/29/CE, con lo que, según doctrina autorizada - nos encontraríamos ante una cláusula bifronte. Una rama dirigida a los propios competidores en el mercado (denominada B2B) y otra a las relaciones entre empresarios y consumidores (B2C). Esta última con una tipificación casuística que ha recibido alguna crítica doctrinal, puesto que en ocasiones se solapa, por ejemplo, con los actos de confusión del art 6, por lo que dicho sector entendía más razonable implementar este artículo y no reiterarlo parcialmente en el nuevo art 4. En todo caso, habrá que estar atento para discernir adecuadamente el hecho denunciado y el tipo -en su caso- infringido.

TRECE. - *Comportamiento objetivante ... (arts 4.1 -ley 29/09 - y 5).*

Centrada así la cuestión la parte actora, "CMP", cifra las infracciones de "MyU" en 6 actuaciones (enumeradas de la "a" a la "f" en la página 28 de su demanda).

a) *Constituirse en Correduría de Seguros, solicitar la autorización administrativa como tal y modificar la posición mediadora en muchas pólizas .*

No cabe duda de que existe una mezcla de hechos que merecen un trato diferenciado. Por una parte, modificar el objeto social de "MyU S.L." añadiendo el de correduría de seguros y la solicitud de autorización administrativa, no suponen por sí solo competencia (ni leal ni desleal). Son actos preparatorios para competir. Y en este sentido, reiterar lo ya expuesto con cita de la S.T.S. 1 -abril- 2002 .Crear una sociedad competidora aun antes de que los trabajadores fundadores se hubieran dado de baja en la empresa de la que la nueva va a ser competidora no es ilícito, pues su actuación en el mercado se inició una vez dados de baja. No se puede hablar de conspiración de ex empleados, cuando la situación empresarial creaba reticencias entre los trabajadores (S.T.S. 26 -julio- 2004)

Mutatis mutandi es lo que ocurría en las relaciones "CMP" y "MyU" y otros colaboradores de aquélla, que testificaron en el juicio.

En cuanto a la modificación de la posición mediadora de algunos clientes, ya se expuso al estudiar la infracción del art 6 L.C.D . .Ahora añadir que de la prueba practicada no se desprende modificación de la clientela de forma objetivamente contraria a la buena fe. De hecho, la única parte que presentó clientes a testificar fue "MyU" y ninguno manifestó rechazo al cambio de mediador. No confundir con el tipo del art 6 ya resuelto. Aquí (art 4 LCD) ha de enfocarse sobre el comportamiento de captación no sobre la idoneidad de la confusión.

Y lo que se deduce de la prueba practicada es que los clientes preferían seguir con quien los trataba directamente. Pues posiblemente desconocieran las sutilezas de la legislación de mediación y la diferencia entre corredor y colaborador externo. Por lo que, la ilicitud estaría en actuar como corredor sin poder serlo, no en captar una clientela que -como dice el Alto Tribunal, Sentencia 8 -octubre- 2007 - "no es de nadie".

b) *Dejar sin instalaciones en Zaragoza a "CMP" al terminar las relaciones de forma injustificada y sorpresiva .*

En este sentido es importante tener en cuenta una serie de datos . El 14 de -enero 2010 ya hubo una reunión en Lérida donde quedaron claras las intenciones de "MyU". El 21 enero "MyU" resuelve el contrato y el 22 enero 2010 "CMP" acepta la resolución, aunque no admite las acusaciones de incumplimiento de "MyU". Las oficinas del Pº de Pamplona son de "MyU" como auxiliar de "CMP". Obviamente, la conclusión del contrato devuelve a "MyU" la plena libertad sobre ese elemento organizativo. La deslealtad consistiría en el escaso tiempo que media entre la comunicación de la ruptura y el hecho de dejar sin representación en Zaragoza a "CMP". Sin embargo, el 23 -febrero- 2010 "CMP" ya tenía alquilada una oficina en la Plaza de Aragón (doc 12 de la demanda) y en la carta de 22 enero -2010 "CMP" nada adujo al respecto, como prevención a la ruptura contractual, cuando sí lo hizo respecto a otros extremos. Testificó Dña Vicenta , quien trabajó en Zaragoza para "CMP" y ésta retuvo los dominios de Internet y direcciones electrónicas propias que antes utilizaba "MyU".

Por lo cual, cierto que la ruptura de colaboración fue rápida. Pero también cierto que "CMP" la aceptó (en la medida y forma descrita en su carta de 22 -enero) sin mencionar el dato de la oficina, que inmediatamente subsanó.

Por lo que no se aprecia aquí violación del art 4 LCD .

c) *Inducción a auxiliares de "CMP" a infringir sus obligaciones contractuales o aprovecharse de ellas .*

Baste lo dicho al resolver la cuestión conforme al art 14 L.C.D ..

d) *Apropiación de ficheros de carácter personal titularidad de "CMP" a fin de captar sus clientes y esquilmar su cartera.*

Esta cuestión, aunque en parte contestada ya, requiere un tratamiento específico y que en la terminología jurisprudencial viene a identificarse como "listado de clientes".

Desde la paradigmática S.T.S. 29 -octubre- 1999 , los datos sobre clientes no constituyen un "secreto empresarial". Como razona la STS 8 -octubre-2007 , la lucha por la captación de clientes es lícita y razones de eficiencia económica la justifica. La deslealtad ha de derivar de los medios utilizados. De tal manera que el uso del listado de clientes, precios, "Khow how" etc, no parece que deba merecer una especial protección por ser secretos o confidenciales. Sólo si se captaron ilícitamente o si se usaron en contra de los dictados de la buena fe, es decir, excediéndose del patrón de comportamiento exigible en el mercado o aprovechando el esfuerzo ajeno. Sin que pueda hablarse de secreto empresarial ni de violación del mismo a los conocimientos que se hayan podido adquirir por los demandados mientras trabajaban para la actora. No existe un hipotético derecho de retención por las empresas por la formación de sus trabajadores (S.A.P Zaragoza, secc 5ª 267/06, de 10 -mayo).

No precisaba "MyU" de los datos o fichas de "CMP" para contactar con clientes y aseguradoras. Su propia carrera profesional le habilitaba, sin duda, para conocer el mercado.

Otra cosa es el modo en que se hayan usado esos conocimientos por parte de "MyU". Salvo error las cartas remitidas a los posible tomadores son posteriores a la ruptura de relaciones entre las litigantes. El contenido de las misivas ya fue resuelto al estudiar la acción ex art 6 LCD .

Por fin, los *pactos de no competencia* . La cláusula decimoprimeras del acuerdo de colaboración no establece un convenio de no competencia en sentido estricto. Primero, porque tales pactos han de ser de interpretación restrictiva, pues suponen una limitación a los principios del orden público económico. Han de tener unos presupuestos claros (S.T.S. 7 -marzo- 2012). Y dicha cláusula prohíbe incidir en las relaciones en trámite de negociación al colaborador que deja de serlo y a modificar -sine die- las aseguradoras que lo sean como consecuencia del contrato de colaboración.

Mayores dificultades ofrece el pacto del contrato de sustitución (cláusula cuarta), respecto de lo cual no existen razonamientos ni pretensiones específicas ni en la demanda ni en el recurso de apelación. Posiblemente porque estamos ante una relación contractual que, rota, dejaría abierta la vía competencial o concurrencial.

No obstante, es el mantenimiento de la cartera de sustitución el único elemento al que no parece renunciar "CMP" en su carta de 22-enero- 2010. En el contrato de "sustitución" se establecía un preaviso de 18 meses para recuperar "MyU" la posición mediadora en la cartera de "sustitución". No constando en definitiva si los incumplimientos denunciados por "MyU" eran suficientes para resolver los pactos de colaboración, y no habiendo resolución judicial de los mismos, hay que estar a la postura de "CMP", que acepta la ruptura del pacto excepto en lo relativo a la cartera de "sustitución".

De tal manera que tal situación provocada por "MyU" ha supuesto una alteración del comportamiento leal entre competidores, pues no hay causa definitiva que permitiera la recuperación automática de dicha cartera de sustitución en enero de 2010.

En este aspecto sí hay, por tanto, competencia desleal

e) *Remisión de cartas a los tomadores de Seguros clientes de "CMP", creando palmaria confusión.-*

Ya tratado al estudiar la incidencia del art 6 L.C.D ..

f) *Extralimitación del ámbito territorial por parte de "MyU".-*

Ni consta que eso sea una práctica inusual (informe y testifical del presidente del Colegio de Mediadores de Zaragoza, Sr. Celsa), ni consta, por tanto, que eso constituya un comportamiento contrario a los patrones exigibles entre leales competidores.

CATORCE .- En cuanto a la indemnización, evidentemente no sirve para los conceptos considerados como desleales el método de "flujos de Caja" (método proyectivo) que utiliza el perito de la parte actora. Por una parte, porque valora toda la cartera, siendo que únicamente consideramos como desleal la tenencia durante 18 meses de la cartera de "sustitución". En cuanto a los tomadores que siendo clientes de "CMP" y por confusión pasaron a "MyU", no existen datos concretos. Es más, de las testificales practicadas, se desprende la idea de que si bien hubo confusión, ello no impidió a "CMP" recuperar a los confundidos, aunque la mayoría - confundidos o no- permanecieran bajo la mediación de "MyU" que era -al fin y al cabo-.su empresa de confianza.



Por tanto, la indemnización será la correspondiente a lo percible por "CMP" de la cartera de "sustitución" desde el 22 de enero de 2010 al 22 de julio de 2011.

QUINCE .- *Reconvenición.*-

a) *cartas remitidas con contenido engañoso.*-

Sin necesidad de reiterar la doctrina emanada del art 6 LCD , los documentos 64 y 65 de la reconvenición sí son demostración de que "CMP" buscaba la confusión de la clientela al hacer constar que "CMP" tenía dos delegaciones en Zaragoza. Una real (Plaza de Aragón, alquilada en febrero de 2010) y otra la propia de "MyU" (Paseo de Pamplona), que es precisamente aquella de la que en su demanda principal "CMP" dice que tuvo que prescindir por la ruptura del contrato de colaboración. Por lo tanto, cuando se remite la carta obrante al documento 64, en diciembre de 2010, claramente conocía que no había 2 delegaciones de "CMP" en Zaragoza y que -por supuesto- la nº 2 no estaba en el Paseo de Pamplona.

Hay aquí, pues, competencia desleal.

b) *Actos de denigración sobre la falsedad de firmas y apropiación de primas.*-

El comportamiento ilícito recogido en el art 9 LCD exige dos requisitos: que se realice en el mercado y con finalidad concurrencial. Ha de tratarse de expresiones aptas para menoscabar el crédito del competidor y no ser verdaderas, exactas y pertinentes. Se pretende con ello dar amparo a la buena reputación frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena. Aunque la última finalidad del precepto no es tanto evitar el daño producido a un agente económico, sino asegurar el correcto funcionamiento del mercado, un adecuado desenvolvimiento de la competencia, impidiendo que las leyes de la oferta y la demanda resulten influidas por un acto injustificado de obstaculización del competidor o por una decisión del consumidor deficientemente formada.

Lo cual ha de ponerse en conexión con el derecho a la libertad de expresión. De tal manera que cuando concurren ambas situaciones habrá que utilizar las técnicas de ponderación y proporcionalidad para decidir qué derecho es el más digno de protección. Por supuesto, teniendo en cuenta el contexto en el que tienen lugar esas expresiones. Así, Ss T.S. 26 -octubre- 2010 , 6 marzo- 1995 , T.C. 180/99, de 11 de octubre , 51/2008, de 14 de abril , 139/95, de 26 de septiembre 139/2007 , y SAP. Madrid, secc 28, de 13 -enero- 2012 .

Centrada así la cuestión, por lo que respecta a la falsedad de las firmas (o posible falsedad) de clientes para cambiar la posición mediadora a favor de "MyU", lo cierto es que nada se ha probado en definitiva a tal respecto. Pero, no es menos cierto que el cambio de postura mediadora de un elevado número de tomadores resulta anómalo. A ello añadir las mudanzas de criterio de alguno de ellos - a favor de "MyU" y luego de "CMP" en cuanto a elección de mediador- y la existencia de un preinforme pericial de Dña Inocencia , que mantenía dudas sobre un cierto porcentaje de aquellas firmas.

Estos elementos permiten sospechar sobre la falsificación. Manifestar sospecha con tales fundamentos no resulta denigratorio, pues se corresponde a una situación cuya incertidumbre es entendible. A salvo que se considerara que la perito calígrafo mintió para favorecer a su principal. Respecto a lo cual no hay dato alguno, pues en sus aclaraciones expresó las razones de su "preinforme".

Tampoco los documentos 23 a 25 de la reconvenición son prueba alguna de las manifestaciones denigratorias. Más bien su resultado es el contrario.

En cuanto a lo referente a la apropiación de primas por parte de "MyU" baste lo razonado para las firmas. Mas aún cuando existían situaciones de indeterminación propias del cambio de mediadores e incluso errores de las aseguradoras, como se infiere de cartas e incluso de la testifical del Director territorial de CASER.

c) *Deslealtad por impedir el cobro de comisiones de la cartera CASER.* -

Se ampara "MyU" en el aprovechamiento que "CMP" hace del incumplimiento contractual de CASER, para seguir cobrando las comisiones que le corresponderían a "MyU", que compró en 2004 la cartera de CASER. Como ésta no admite el cambio de mediador, pues no trabaja con "MyU", "CMP" sigue constando como tal y percibe lo que le correspondería a "MyU" como titular de esa cartera de pólizas de CASER.

"CMP" niega la premisa mayor. No existió venta de la cartera de CASER a "MyU"; sino una serie de negocios conexos (declaración del Sr. Alfonso).

Se trata, por tanto, de una cuestión contractual que no queda aclarada a través de los documentos 54 a 63 de la reconvenición. Para considerar desleal el comportamiento de "CMP" es preciso resolver en primer lugar sobre la realidad y contenido de esa transmisión de cartera de CASER, lo que no es materia propia de un procedimiento de competencia desleal, sino de cumplimiento contractual o -en su caso- cobro de lo indebido y en último



extremo de un ilícito penal. Pero no se puede afirmar que CASER tenga obligación de mediar con "MyU". A partir de ahí -con los datos obrantes en autos- la cuestión queda fuera del ámbito de la competencia desleal. Hay una realidad difusa y no claramente explicada por las partes sobre el alcance concreto de esas transmisiones de carteras, lo que no puede constituir punto de partida para una declaración de deslealtad competencial.

DIECISÉIS .- En cuanto a la publicidad del fallo de la sentencia, la ley 29/09 introduce en el Art 32-2 de la L.C.D . la posibilidad de publicidad del fallo de la sentencia, si el tribunal "lo estima procedente". Recoge así la tendencia jurisprudencial a dar un trato razonable y prudente a dicha condena. Siempre que ello pueda ser útil al correcto desarrollo de la leal competencia.

Es nuestro supuesto, la inadecuada confección de unas cartas dirigidas a los clientes y la recepción anticipada de la cartera de "sustitución", han quedado consumidos en el tiempo, prácticamente con su ejecución. Sin que la publicidad de las declaraciones y condenas puede tener efecto alguno en el mercado. Salvo el de una "a modo de" represión pública; finalidad no contemplada por la ley. Por lo que no procede la condena a este pedimento.

DIECISIETE .- Estimadas parcialmente demanda y reconvención y recursos de apelación, procede aplicar el principio del vencimiento de los arts 394 y 398 LEC .

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

F A L L O

Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por las legales representaciones de "CMP Asesoramiento y Mediación S.L." y de "Correduría de Seguros Miguel y Uceta S.L." debemos revocar la sentencia apelada.

Estimando parcialmente la demanda principal:

- 1) Declaramos que "Correduría de Seguros Miguel y Uceta S.L." ha cometido actos de competencia desleal en el mercado, siendo víctima "CMP Asesoramiento y Mediación S.L."
- 2) Condenamos a "Correduría Seguros Miguel y Uceta S. L." a que cese en dichas conductas y se abstenga en el futuro de ellas.
- 3) Condenamos a indemnizar a la parte actora en la cuantía que debía de haber percibido por la cartera de "Sustitución" desde el 22 -enero- 2010 al 22 -julio- 2011.
- 4) Con absolución del resto de pedimentos y sin condena en las costas de la primera instancia.

Desestimando la demanda interpuesta por "CMP Asesoramiento y Mediación S.L." frente a D. Emilio , lo absolvemos de la pretensión actora. Con condena en costas a la parte demandante.

Estimando parcialmente la demanda reconvencional, debemos:

- 1) declarar que "CMP Asesoramiento y Mediación S.L." incurrió en actos de competencia desleal (confusión), mediante la remisión de determinadas cartas.
- 2) Condenar a "CMP asesoramiento y Mediación S.L." a que cese en tales conductas y prohibiendo su reiteración.
- 3) Con absolución del resto de pedimentos y sin condena en las costas de la primera instancia.

No procede hacer condena en las costas de esta segunda instancia.

Devuélvase los depósitos.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

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

Contra la anterior Sentencia cabe interponer Recursos por Infracción Procesal y/o Casación ante esta Sala en el plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en la Sucursal 8005 de Banesto, en la calle Torrenueva, 3 de esta ciudad, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.