



Roj: **SAP M 6772/2006 - ECLI:ES:APM:2006:6772**

Id Cendoj: **28079370282006100026**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **18/05/2006**

Nº de Recurso: **122/2006**

Nº de Resolución: **68/2006**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 59, 16-09-2005,
SAP M 6772/2006**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00068/2006

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 122/2006

Materia: **competencia desleal**

Órgano judicial de origen: Juzgado Primera Instancia Nº 59 Madrid

Autos de origen: Proceso núm. 619/2004 Procedimiento Ordinario

Parte recurrente: "SERUNIÓN, S.A."

Parte recurrida: Jose Antonio , Carlos Jesús , Milagros , Pilar , Silvia , Marí Jose y entidad mercantil "ENASUI,

S.L."

SENTENCIA N° 68

En Madrid, a 18 de mayo de 2006.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados D. Enrique García García, D. Rafael Sarazá Jimena y D. Gregorio Plaza González, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 122/06, interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2005 dictada en el proceso núm. 619/2004 seguido ante el Juzgado Primera Instancia núm. 59 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante la parte actora, SERUNION, S.A., representada por el Procurador Dª. Montserrat Rodríguez Rodríguez y defendida por el Letrado D. Alejo López Mellado Pérez, siendo apelada la parte demandada, D. Jose Antonio , D. Carlos Jesús , representados por el Procurador D. Víctor Requejo Calvo y asistidos por el Letrado D. Gonzalo Martínez de Haro López y Dª Teresa Rodríguez Morales, y Dª Milagros , Dª Pilar , Dª Silvia , Dª. Marí Jose y la sociedad Enasui, S.L. representadas por el Procurador Dª María Concepción Hoyos Moliner, y defendida por el Letrado D. Juan José Villaplana Villaplana.

Es magistrado ponente D. Rafael Sarazá Jimena



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 10 de Junio de 2005 por la representación de GRUPO OSESA, S.A., contra D. Jose Antonio , D. Carlos Jesús , Dña. Milagros , Dña. Pilar , Dña. Silvia , Dña. Marí Jose y la sociedad ENASUI S.L., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:

"Que teniendo por presentado este escrito, son los documentos y copias que se acompañan, se sirva admitirlo, me tenga por parte en la representación acreditada y por interpuesta DEMANDA JUICIO ORDINARIO POR INFRACCIÓN DE LA LEY DE **COMPETENCIA DESLEAL** 3/1991, DE 10 DE ENERO , contra D. Jose Antonio , D. Carlos Jesús , Dña. Milagros , Dña. Pilar , Dña. Silvia y Dña. Marí Jose y ENASUI S.L. y, previos los trámites oportunos, dicte sentencia por la que se declare la deslealtad de los actos llevados a cabo por los codemandados, se notifique a los 25 colegios afectados tal declaración de deslealtad y se condene de forma solidaria a los codemandados al pago de la cantidad de setecientos treinta mil ochocientos siete euros con ochenta y cinco céntimos (730.807,85 euros,-Ñ), más los intereses moratorios devengados por la referida cantidad desde la fecha de presentación de esta demanda, los intereses procesales devengados desde la fecha en que sea dictada la sentencia y las costas causadas en el procedimiento."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado Primera Instancia Nº 59 de Madrid dictó sentencia, con fecha 16 de septiembre de 2005 , cuyo fallo era el siguiente:

"Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Doña Montserrat Rodríguez Rodríguez, en nombre y representación de GRUPO OSESA, S.A., hoy SERUNION S.A., contra DON Jose Antonio , DON Carlos Jesús , DOÑA Milagros , DOÑA Pilar , DOÑA Silvia , DOÑA Marí Jose Y ENASUI S.L., debo absolver y absuelvo a dichos demandados de todas las pretensiones formuladas por la parte actora.

Se imponen las costas causadas a la parte actora."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte actora se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad actora, hoy SERUNIÓN, S.A. (al inicio del litigio, GRUPO OSESA, S.A., y que será denominada en adelante como OSESA, por cuanto que las partes se han referido a la misma a lo largo del litigio preferentemente con esta denominación) ejercita acciones de **competencia desleal** contra la entidad ENASUI, S.L. (en adelante, ENASUI), y D. Jose Antonio , D. Carlos Jesús , D^a Milagros , D^a Pilar , D^a Silvia y D^a. Marí Jose . Concretamente, en base al art. 18.1º y 5º de la Ley de **Competencia Desleal** , solicita que se declare la deslealtad concurrencial de la conducta realizada por los demandados, y se condene a los demandados a indemnizarle en la cantidad en la que fijan el importe de los daños y perjuicios causados, así como a la notificación de tal declaración de deslealtad a una serie de colegios en relación a los cuales se realizó tal conducta.

Las conductas desleales que en la demanda se imputan a los demandados son resumidamente las siguientes:

1º) Los demandados han inducido a una serie de clientes de la actora (concretamente 10 colegios que se enumeran en la demanda) a infringir sus deberes contractuales para con la actora (art. 14.1 de la Ley de **Competencia Desleal**). ENASUI, a través de personas que en aquel momento trabajaban todavía para OSESA (concretamente, D^a Milagros y D. Jose Antonio , que después pasarían a trabajar para ENASUI), y que, prevaliéndose de tal cualidad de trabajadores de OSESA y de la confianza que en cuanto tales tenían en ellos los responsables de tales colegios, habrían inducido a esos 10 colegios a romper sus relaciones contractuales con la actora sin respetar el plazo de preaviso pactado en los respectivos contratos (en unos casos de 30 y en otros de 60 días) por lo que tales contratos ya se habían prorrogado (un resumen de tales alegaciones se contienen en los f. 32 a 34, págs. 29 a 31 de la demanda).

2º) Los demandados han inducido a una serie de clientes de la actora (los restantes 15 colegios del total de 25 que rompieron sus relaciones contractuales con la actora en junio de 2003) a la terminación regular del contrato que les unía con OSESA con una serie de circunstancias cualificadas (art. 14.2 de la Ley de **Competencia Desleal**). ENASUI, a través de personas que en aquel momento trabajaban todavía para OSESA (concretamente, D^a Milagros y D. Jose Antonio), y que se prevalieron de tal cualidad de trabajadores



de OSESA y de la confianza que en cuanto tales tenían en ellos los responsables de tales colegios, habrían inducido a esos 15 colegios a romper sus relaciones contractuales con la actora, sin infringir el plazo de preaviso, pero en tales términos que lo hicieron con engaño (dichos trabajadores convencieron a sus interlocutores en los colegios con argumentos como los relativos a la inminente desaparición de OSESA, la bajada de la calidad tras la entrada de "los franceses" en OSESA y otros similares) y con la finalidad de expulsar del mercado a OSESA, puesto que se hizo en el verano, cuando OSESA no tenía posibilidad de recuperarse, y llevándose a los clientes más rentables (f. 34-35 de la demanda)

3º) Los demandados han actuado de forma objetivamente contraria a la buena fe (art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal**). ENASUI se prevaleció de personas que en el curso 2002-2003 eran todavía empleados de OSESA y que en el verano de 2003 pasarían a trabajar para ENASUI, para desviar la clientela hacia ENASUI. Las personas físicas demandadas, algunas de las cuales desempeñaban puestos clave en OSESA, se pasaron en bloque a ENASUI en verano de 2003 de modo que esta empresa pudo empezar a funcionar en este sector del mercado, en competencia con la actora y adquiriendo la cartera de clientes de ésta (al menos de los más rentables) sin esfuerzos propios (f. 35 a 44). Asimismo, durante el curso 2002-2003, los demandados utilizaron información confidencial de OSESA, en concreto de las bases de datos de clientes de OSESA, accediendo a informaciones que estaban vedadas para ellos, conociendo los términos de las condiciones económicas ofrecidas por OSESA para que ENASUI pudiera hacer una oferta ajustada, así como realizando tales ofertas solamente a los colegios más rentables, que suponiendo el 38% de los clientes, facturaban el 50% y suponían la fuente del 60% de los ingresos de OSESA (fundamentalmente, f. 21, pág. 18 de la demanda).

La sentencia de primera instancia desestimó completamente la demanda, pues, de modo muy resumido, entendió que no había existido actuación desleal, que ENASUI consiguió atraerse a los colegios que eran clientes de OSESA por su labor promocional y dado el descontento que existía con OSESA, contratando libre y voluntariamente con ENASUI, que no se produjo un trasvase de la práctica totalidad de la clientela de la actora a ENASUI y que en definitiva lo ocurrido es que dos antiguos empleados de OSESA que fueron despedidos han iniciado, por las quejas de los clientes hacia OSESA una actividad en el mismo sector en el que la desarrolla la actora, lo que constituye competencia pero no **competencia desleal**.

SEGUNDO.- Se observa que en el escrito de recurso la parte actora, hoy recurrente, plantea los términos del debate de modo no coincidente con la forma en que lo hizo en la demanda.

Algunas de las alegaciones que servían de base a la demanda ya no se contienen en el recurso y otras se modifican o introducen "ex novo": fundamentalmente, que la utilización de información secreta o reservada de OSESA se realizó por el socio y alto directivo de ENASUI, Sr. Daniel , utilizando la contabilidad analítica de OSESA, que aunque los Sres. Jose Antonio y Carlos Jesús no sean trabajadores en nómina de ENASUI lo son de facto y que su empresa, SOTOBELMA, S.L. (en adelante SOTOBELMA) funciona como central de compras de ENASUI, que la inducción a la infracción contractual fue realizada, además de por trabajadores de OSESA demandados, también por el socio y alto directivo de ENASUI, Don. Daniel , y que otra de las conductas desleales fue el montaje de un negocio paralelo a OSESA, replicando su estructura en cuanto a empleados, proveedores de materia prima, información (f. 956-8 y otros extremos del escrito de recurso).

Asimismo, se introducen otros nuevos "tipos" de la Ley de **Competencia Desleal** no invocados en la demanda como base de las acciones ejercitadas, como es el art. 13.2 de la Ley de **Competencia Desleal** (f. 958).

TERCERO.- Se plantea en primer lugar el problema de la admisibilidad de los cambios efectuados por la parte actora entre su escrito de demanda y el de recurso. ¿Puede estimarse el recurso y, por tanto, revocarse la sentencia apelada y estimarse total o parcialmente la demanda formulada por la actora en base a alegaciones distintas de las formuladas en primera instancia en su escrito de demanda como base de las acciones ejercitadas? La cuestión afecta a dos principios que han de observarse por esta Sala. El primero, general para todas las instancias y recursos del proceso, el de respeto a la congruencia. El segundo, propio de la configuración de la segunda instancia, hace referencia a la prohibición de introducción de cuestiones nuevas en el recurso de apelación.

El respeto al principio de congruencia (art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no exige una rígida acomodación de la sentencia a los términos literales de lo pedido en la demanda, pues la congruencia exigida por el ordenamiento jurídico a las sentencias del orden jurisdiccional civil no significa una conformidad rígida y literal entre las identidades fundamentales de la petición y el fallo, sino racional correspondencia entre una y otro, guardando éste el debido acatamiento al componente jurídico de la acción así como a las bases fácticas aportadas por los contendientes, dado que la finalidad del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución, poniéndose así fin al litigio y evitando que queden sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión,



así como evitar que la demanda pueda ser estimada en base a hechos no alegados y debatidos en el proceso o a acciones no ejercitadas en la demanda.

La prohibición de introducción de cuestiones nuevas en la apelación, relacionada con el principio de congruencia pero con sustantividad propia, es un principio fundamental del recurso de apelación, por cuanto que impide que ante el tribunal "ad quem" se puedan plantear recursos de apelación sobre cuestiones respecto de las que nunca se haya dado al juzgado de instancia explícitamente la posibilidad de resolverlas. No se trata de un formalismo retórico o injustificado, sino que es una regla que entronca con la esencia de recurso de apelación. La pretensión que se haga valer en segunda instancia ha de coincidir con la planteada en la primera instancia. El tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia de primera instancia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el juez de instancia conforme a lo que el tribunal de apelación entiende que es la solución jurídicamente correcta.

No puede alterarse el objeto del proceso tal y como fue conformado en la primera instancia. De acuerdo a nuestra tradición histórica, la LEC 1/2000 acoge un modelo de segunda instancia limitada, como "revisio prioris instantie". Por no ser un nuevo proceso, las partes no pueden pretender articular pretensiones nuevas o solicitudes no deducidas oportunamente en aquella. No solo no cabe modificar el objeto de las actuaciones de manera improcedente respecto de la primera instancia sino que tampoco cabe convertir la apelación en un juicio nuevo.

Declara al efecto la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005

"Es cierto que, por el respeto debido a la congruencia, la preclusión y la contradicción, en cuanto principios informadores del proceso civil, la jurisprudencia rechaza, como nuevas, las cuestiones planteadas después de la fase procesal destinada a definir el objeto del proceso, en la primera instancia. Así lo declaró esta Sala en las Sentencias invocadas en el motivo. Concretamente, en la de 15 de abril de 1991 se definieron las cuestiones nuevas como aquellas que debieron formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba; y en la de 19 de diciembre de 1986 se declararon inviables en casación, puesto que los escritos hábiles para sustentar una tesis fáctica o jurídica que pueda reproducirse en este recurso extraordinario son solamente los de demanda, contestación, réplica y duplica".

CUARTO.- La parte recurrente no puede pretender que la sentencia de primera instancia sea revocada y su demanda estimada por considerar que la actuación de los demandados ha incurrido en un ilícito concurrencial distinto de los que fundamentaron su acción en primera instancia. Habida cuenta de la regulación contenida en la Ley de **Competencia Desleal**, de que, como declara la exposición de motivos de la ley "se ha tratado de hacer tipificaciones muy restrictivas, que en algunas ocasiones, más que dirigirse a incriminar una determinada práctica, tienden a liberalizarla o por lo menos a zanjar posibles dudas acerca de su deslealtad", el ejercicio de las acciones previstas en el art. 18 de la Ley de **Competencia Desleal** se hace encuadrando la conducta reputada desleal en alguno de los tipos contenidos en la ley, centrando el debate del proceso, tanto de alegación como de prueba, en determinar si la conducta de los demandados reúne los estrictos requisitos previstos en tales tipos. Por ello, constituiría una infracción de las exigencias derivadas de los principios de congruencia y de prohibición de introducir cuestiones nuevas en el recurso de apelación reputar desleal la conducta de los demandados y condenarlos en la sentencia por considerar que tal conducta ha incurrido en un "tipo" de deslealtad concurrencial distinto del alegado en la demanda, sobre el que por tanto no ha centrado su defensa la parte demandada en la primera instancia.

En ese sentido, la invocación que en el escrito de recurso se hace del art. 13.2 de la Ley de **Competencia Desleal** para reputar desleal la conducta de los demandados no puede ser tomada en consideración, puesto que el debate que ha tenido lugar en la primera instancia lo ha sido sobre si concurren los requisitos exigidos para la conceptualización de la conducta como desleal al amparo de los arts. 5, 14.1 y 14.2 de la Ley de **Competencia Desleal** ..

Del mismo modo, tampoco puede acordarse en la sentencia de apelación la revocación de la sentencia y la condena de los demandados por considerar que la infracción de alguno de los preceptos de la Ley de **Competencia Desleal** invocados en la demanda como fundamento de la acción se ha producido por hechos distintos de los que constituyen el sustrato fáctico de la pretensión deducida en primera instancia.

No obstante, en este extremo relativo a los hechos la cuestión es más complicada y ha de matizarse, puesto que, por un lado, la sentencia no puede estimar la demanda por hechos distintos de los alegados como sustrato fáctico de la demanda y de las acciones ejercitadas en la misma, pero, por otro, el sustrato fáctico del proceso se forma tanto por los hechos alegados por la actora en su demanda como por los demandados en el escrito de contestación. Asimismo, la "clandestinidad" que caracteriza a buena parte de las conductas tipificadas como desleales en la Ley de **Competencia Desleal** hace que no pueda exigirse una coincidencia total entre el relato fáctico esgrimido por la parte actora en su demanda para fundamentar su acción y el que haya de servir



para dictar una sentencia condenatoria, puesto que la dificultad que la parte actora tiene para conocer con detalle en qué ha consistido la conducta desleal que ha supuesto ventajas competitivas injustificadas para los demandados y ha perjudicado a la actora no puede beneficiar a quien actúa con esa clandestinidad.

QUINTO.- En lo relativo a la imputación a los demandados de una deslealtad concurrencial del art. 14.1 de la Ley de **Competencia Desleal**, consistente en la inducción a determinados clientes de OSESA, concretamente 10 colegios a los que OSESA prestaba servicio de catering para las comidas de los alumnos, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con dicha entidad, la conducta reputada desleal habría consistido, según la demanda, en que ENASUI, a través de trabajadores de OSESA, prevaleciendo de su condición de tales y del contacto directo que tenían con tales colegios, indujeron a esos 10 colegios a desistir unilateralmente del contrato que les unía con OSESA para contratar con ENASUI. Los trabajadores que desde dentro de OSESA habrían realizado esa "labor de zapa" habrían sido D^a Milagros y D. Jose Antonio, que habrían inducido a esos colegios a romper sus relaciones contractuales con OSESA, con infracción de sus deberes en lo relativo al respeto del plazo de preaviso para la no prórroga del contrato, convenciendoles de que la calidad de los productos servidos por OSESA había bajado y que OSESA tenía serios problemas desde que su capital fue adquirido por una empresa francesa, por lo que tenía los días contados. Incluso habrían presentado ofertas de ENASUI a esos colegios durante el curso 2002-2003, en que aún eran trabajadores de OSESA. Tales trabajadores habrían realizado tal labor de forma clandestina, rogando a sus interlocutores en los colegios que no les delataran ante OSESA, y en junio de 2003 habrían dejado OSESA para pasar a trabajar para ENASUI, a la que habían ido allanando el camino y trasvasando "desde dentro" los clientes de OSESA.

Esto vendría demostrado por hechos concluyentes como serían que D^a Milagros y D. Jose Antonio habrían abandonado OSESA en junio de 2003 para pasar a trabajar en ENASUI, renunciando por tanto a la antigüedad que les correspondía en OSESA, sin percibir indemnización alguna y, en el caso de D. Jose Antonio, cuando podía estar cercana su jubilación anticipada.

La realidad de tales hechos concluyentes queda seriamente cuestionada por las pruebas practicadas en autos. Ha sido probado con toda claridad en primera instancia que sólo D^a Milagros es actualmente asalariada de ENASUI, puesto que D. Jose Antonio y D. Carlos Jesús, cuando dejaron voluntariamente de ser trabajadores de OSESA en junio de 2003 no entraron en nómina de ENASUI, sino que constituyeron una sociedad, SOTOBELMA, dedicada a consultoría e intermediación en el sector de la restauración. Las alegaciones que se hacen en el recurso sobre que, aunque es cierto que no están en nómina de ENASUI, tales demandados son trabajadores de ENASUI "de facto" y que SOTOBELMA es la central de compras a los proveedores de materias primas de ENASUI carece de base. Alegar como argumento para sustentar esta afirmación que ENASUI, en la parte promocional de los documentos conteniendo sus ofertas, alegue que sus precios son más bajos porque tiene centralizada la compra de los productos alimenticios, carece de una mínima seriedad, tanto más cuando lo que resulta de las pruebas practicadas es que SOTOBELMA se ha encargado de buscar proveedores para las instalaciones de la cocina central de ENASUI, pero no proveedores de materias primas para elaborar las comidas. Por otra parte, por su edad la fecha de jubilación de estos dos antiguos trabajadores de OSESA estaba todavía lejana cuando se marcharon de esta empresa.

El informe de investigadores privados aportado es claramente insuficiente para probar la integración de estos señores en la estructura productiva de ENASUI. El soporte audiovisual que le sirve de sustento no ha sido reproducido del modo exigido por el art. 382 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pudiéndolo haberlo sido, no sirven las explicaciones que el detective dio en el juicio sobre lo filmado. Afirmaciones como que tales señores dejaban aparcados sus vehículos en estacionamientos sitios cerca de las oficinas de ENASUI no aclaran si se trataba de estacionamientos privados (lo que supondría una nota de duración y estabilidad en su presencia en tales oficinas, pues tendrían que haber comprado o alquilado las plazas de estacionamiento) o si eran aparcamientos públicos. Por otra parte, el contrato sobre asesoría y consultoría para la elección de una nave industrial y construcción de la cocina central suscrito entre ENASUI y SOTOBELMA el 2 de enero de 2004, aportado con ambas contestaciones a la demanda (docs. 30 y 24, respectivamente), y las pruebas documentales aportadas por ENASUI sobre la inauguración de su cocina central en junio de 2004 aclaran la razón de la presencia de tales señores a finales de mayo de 2004 en tales oficinas, al estar ultimando la instalación de la cocina central en relación a la cual habían firmado el contrato de asesoramiento. Asimismo, que se reunieran a comer con los demás codemandados y con D^a Penélope viene justificado por el hecho de que se celebrara el cumpleaños de las codemandadas D^a Silvia y D^a Marí Jose, antiguas compañeras de trabajo y en ese momento trabajadoras de ENASUI, como se ha justificado con la acreditación de la fecha del cumpleaños por la aportación de copias de los DD.NN.II. de estas codemandadas (docs. 31 y 32 de su contestación a la demanda).

La prueba de informe escrito del Colegio Santísimo Sacramento (f. 814 y siguientes), en la que la recurrente basa buena parte de las alegaciones que sirven de fundamento al recurso, es insuficiente para considerar



acreditados los extremos relativos a la participación de D^a Milagros y D. Jose Antonio en la inducción a los colegios en cuestión a romper su relación contractual con OSESA. No se trata de que en tal colegio OSESA hubiera hecho recientemente inversiones (f. 596). En primer lugar la forma de practicar la prueba testifical prevista en el art. 381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no parece adecuada para acreditar los extremos que constituyeron su objeto en este litigio. Se trata de extremos sobre los que es perfectamente posible y necesario individualizar las personas físicas determinadas que conocían los extremos cuestionados (concretamente, la entrevistas o entrevistas con D^a Milagros y D. Jose Antonio en la que éstos habrían denigrado a OSESA, ofertado los servicios de ENASUI y solicitado a sus interlocutores silencio sobre su actividad), y es fundamental que la declaración se haga en juicio, pudiendo ser interrogados de un modo contradictorio por las partes sobre sus fuentes de conocimiento y otros detalles pertinentes. Porque se observa además que quien firma el escrito (Sor Carlos) afirma que los contactos fueron mantenidos con otra persona (Sor Irene), que no firma el escrito. Además, su contenido se ve parcialmente contradicho por el hecho de que D. Jose Antonio no pasó a trabajar a ENASUI, como se pretende que afirmó que iba a hacer en sus entrevistas con su interlocutora en el colegio y que justificaría su actuación desleal para con OSESA y en beneficio de ENASUI. Es también relevante que algunos de los entonces responsables de OSESA, interrogados en el juicio no recuerdan haber sido informados, cuando visitaron los colegios intentando recuperarlos, de que los Sres. Jose Antonio o Carlos Jesús hubieran participado en las gestiones que culminaron con la suscripción de relaciones contractuales con ENASUI (D^a Rita , m. 14:17 aprox.), y ninguno de ellos hiciera referencia en sus declaraciones a haber sido informados de visitas en tal sentido de la Sra. Milagros o el Sr. Jose Antonio . Asimismo, en una de las cartas comunicando la ruptura de relaciones contractuales, concretamente la del colegio San Vicente de Paúl (última de las cartas del documento 16 de la demanda), se afirma que nadie de OSESA ha tenido palabras de reproche para ésta, desmontando la versión de que la ruptura de tales colegios con OSESA se debió a la inducción engañosa, mediante la denigración, de sus entonces empleados para que contrataran con ENASUI.

Las pruebas practicadas acreditan que la ruptura de relaciones contractuales de estos colegios con OSESA y su contratación con ENASUI se debió a la labor de promoción y captación realizada por los socios de ENASUI, Sres. Daniel y Juan Miguel , y sobre todo el primero de ellos (docs. 34 y siguientes aportados con la contestación a la demanda de ENASUI).

Ello hace que la acción de la actora en lo relativo al art. 14.1 de la Ley de **Competencia Desleal** no pueda ser estimada, por varias razones. En primer lugar, porque en la actuación de ENASUI, concretamente Don. Daniel , en las gestiones para captar como clientes a los colegios que eran clientes de OSESA no se observa, en este aspecto, clandestinidad alguna que justifique que la actora haya basado su acción en hechos distintos de los realmente acaecidos. La realización de gestiones serias por parte de OSESA acerca de los colegios en cuestión podía haber dado como resultado su conocimiento de que era Don. Daniel quien estaba realizando, por cuenta de ENASUI, una labor comercial de promoción de los servicios de ENASUI para lograr concertar contratos con esos colegios que hasta ese momento eran clientes de la actora.

En segundo lugar, en la acción de ENASUI no se aprecia la existencia de una faceta finalista necesaria para que la actuación pueda encuadrarse en el art. 14.1 de la Ley de **Competencia Desleal** , como es su ordenación a la infracción de deberes contractuales básicos contraídos por los colegios con OSESA.

Como ha entendido la doctrina más autorizada, estar al corriente del desenvolvimiento y la suerte de las relaciones jurídicas que entabla el empresario con terceros a fin de procurar el desvío de esos sujetos hacia el ámbito de actuación de uno mismo resulta lícito e incluso entronca de forma intrínseca con las reglas del juego concurrencial. Lo que no cabe admitir es que esa política se desarrolle sin más objetivo que el de expoliar u obstaculizar la labor de otros ni más mérito propio que el de haber provocado la ruptura o la finalización de esas relaciones, en el caso del art. 14.1 de la Ley de **Competencia Desleal** , o el encontrarse al acecho de esa ruptura, en el supuesto del art. 14.2 , para ganar por cauces o con propósitos incorrectos la voluntad de la contraparte del competidor. El fundamento de la prohibición de estas conductas se halla en la reprobabilidad de la búsqueda de una mejor posición concurrencial en el mercado no merced a la eficiencia de las propias prestaciones sino a costa de un empeoramiento en las posiciones de otros competidores.

Para que pueda encuadrarse en el ilícito del art. 14.1 de la Ley de **Competencia Desleal** , la conducta enjuiciada no debe responder razonablemente a otro objetivo inmediato que el de obtener la infracción contractual, con independencia de que tal infracción redunde o no en la captación final del cliente. Así pues, la conducta tipificada como desleal en el art. 14.1 de la Ley de **Competencia Desleal** se ubica entre los actos de obstaculización de la actuación de un tercero.

En el caso de autos, las ventajas que se ofrecen por Don. Daniel y Juan Miguel a los colegios contactados (fundamentalmente, precios ajustados en lo que se cobra a los alumnos, una mayor proporción en el canon que se reintegra a los colegios y un mejor servicio) no van dirigidos fundamentalmente a conseguir el incumplimiento contractual por parte de tales colegios, sino a lograr incorporarlos como clientes de ENASUI



por lo ventajoso de las condiciones de la oferta realizada. Que posteriormente, cuando tales colegios aceptaron contratar con ENASUI, Don. Daniel se encargara de redactar las cartas a enviar a OSESA (aunque como puede observarse en algunas de ellas, hay texto añadido indudablemente por los colegios) y de remitirlas a OSESA no puede considerarse suficiente para encuadrar tal conducta en el art. 14.1 de la Ley de **Competencia Desleal**, pues sigue faltando la finalidad obstaculizadora. La oferta incompatible con el contrato que en ese momento vincula al ofertado con un competidor no es por sí misma disconforme con una competencia de méritos ni, por tanto, constitutiva de la inducción prohibida en el art. 14.1 de la Ley de **Competencia Desleal**. Ofrecer mejores condiciones está competitivamente justificado, sin perjuicio de las consecuencias que, inter partes, pudiera tener dicho incumplimiento contractual, cuestión en la que no entramos por ser ajeno a lo discutido en este proceso. No se observa en ENASUI una conducta obstaculizadora, destinada a perjudicar a OSESA mediante la ruptura de las relaciones contractuales existentes entre ésta y su clientela, sino una actividad de captación de clientes por parte de ENASUI, ofertando precio y servicio tanto a clientes de OSESA que podían terminar regularmente el contrato que les unía con ésta como con clientes a los que se le había pasado ya el plazo para evitar la prórroga tácita del contrato.

Lo realizado por los socios de ENASUI para captar clientela es, fundamentalmente, ofertar mejores condiciones económicas (aumento del canon a devolver a los colegios) y de servicio, ante los problemas existentes en OSESA. La Sala comparte la apreciación de la Juez "a quo" sobre la existencia de problemas en el servicio que prestaba OSESA a los colegios con motivo del cambio en el accionariado. Las pruebas practicadas, fundamentalmente las declaraciones testificales, como la de D. Bernardo, m. 14:35 aprox., que declara que existió una bajada de calidad a raíz del cambio en el accionariado de OSESA y menos receptividad a las peticiones de los clientes respecto de cambios en los menús, con quejas de los clientes y "broncas" suyas con la Sra. Rita para poder atender a las peticiones de los clientes, y las de otros empleados o antiguos cargos de OSESA que han declarado como testigos, valoradas conjuntamente, muestran la existencia de quejas de los clientes ("quejas puntuales", dice D. Fermín) sobre la calidad en los menús, menos receptividad a las solicitudes de cambios en el menú hechas por los clientes por la implantación del menú rotatorio de 6 semanas, siendo significativo que un cierto número de colegios que contrataron con ENASUI, cuando se intentó contactar con ellos en junio de 2003 para intentar que volvieran con OSESA no aceptaron siquiera recibir a las personas remitidas por ésta o justificaron su decisión en la bajada de la calidad (declaración de D^a Rita, m. 14:10 aprox.), y, en definitiva la existencia de descontento, en mayor o menor medida, en clientes, además de la existencia de una "reestructuración" de la plantilla en el curso de la cual un cierto número de empleados de la sede de Madrid extinguieron su relación laboral por despido, desistimiento o no renovación. En definitiva, queda suficientemente acreditado que con el cambio de accionariado se produjo un cambio en el funcionamiento de OSESA y tal cambio tuvo reflejo en el servicio que prestaba a sus clientes.

Es por ello que no es preciso siquiera entrar a considerar si el envío por los colegios de la comunicación comunicando el cambio de empresa de catering en el mes de junio supuso la infracción de un deber contractual esencial o no esencial, o incluso si en la práctica la renovación de los contratos se producía realmente cuando el colegio aceptaba la comunicación de los precios y demás condiciones para el nuevo curso, como sostienen ambas contestaciones a la demanda y es confirmado por la testigo D^a Penélope (declaración testifical prestada en los minutos 14:48 y siguientes).

SEXTO.- Se alega también por la actora infracción del art. 14.2 de la Ley de **Competencia Desleal**, por haberse inducido a algunos colegios a la terminación regular del contrato con engaño e intención de expulsar del mercado a OSESA.

Lo expuesto anteriormente desvirtúa con claridad la alegación de engaño como medio utilizado para conseguir la terminación regular de contratos con OSESA y la contratación con ENASUI. En cuanto a la intención de expulsar del mercado a OSESA, el hecho de que la contratación de cuatro trabajadoras de OSESA por ENASUI tuviera lugar en el verano de 2003 no justifica la imputación de intención de expulsión del mercado. Tratándose de empresas que fundamentalmente se dedican a suministrar comidas a colegios y en las que los contratos lógicamente se conciertan por cursos escolares, que cuatro trabajadoras dejaran OSESA y pasaran a trabajar con ENASUI no se explica como un intento de sorprender a OSESA y dejarla sin capacidad de reacción (tal reacción se produjo, pues OSESA contactó con los colegios que habían contratado con ENASUI, salvo los que se negaron siquiera a entrevistarse con ellos, y recuperó incluso un par de colegios que habían firmado con ENASUI), sino porque ENASUI necesitaba aumentar su plantilla para el curso 2003- 2004 y lógicamente ello le llevó a contratar personal en el verano de 2003. Por otra parte, el hecho de que finalmente sean sólo cuatro las trabajadoras de OSESA que pasaron a ENASUI, y el propio hecho de que el grupo **empresarial** en el que se insertaba OSESA sea muy importante, con actividad en otras muchas partes de España y con una matriz multinacional, desvirtúan la posibilidad de que fuera "expulsada del mercado" y desapareciera por esta actuación.



Por otra parte, que ENASUI se dirigiera sólo a los clientes más rentables no es por sí mismo desleal, ni acredita una intención de expulsar a OSESA del mercado, sino solamente de concentrar sus esfuerzos en los clientes más rentables, lo cual está justificado competitivamente. Distinto es qué medios empleó para ello, sobre lo que se entrará más adelante.

No se aprecian, pues, circunstancias cualificadoras que hagan desleal la conducta de ENASUI al contratar con clientes que hasta entonces lo eran de OSESA.

SÉPTIMO.- La última conducta desleal que en la demanda se imputa a los demandados es haber actuado de forma objetivamente contraria a la buena fe en su actividad en el mercado, infringiendo por tanto el art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal**. Ello vendría motivado por varias razones.

En primer lugar, ENASUI se habría prevalido de personas que en el curso 2002-2003 eran todavía empleados de OSESA y que en el verano de 2003 pasarían a trabajar para ENASUI (concretamente se acusa de ello a la Sra. Milagros y al Sr. Jose Antonio) para desviar la clientela hacia ENASUI. Como se ha expresado anteriormente, no sólo no hay prueba adecuada de que estos señores hubieran desviado clientes de OSESA a ENASUI cuando todavía trabajaban para OSESA, sino que el Sr. Jose Antonio ni siquiera "se pasó" luego a OSESA, sino que constituyó su propia empresa junto al Sr. Carlos Jesús .

Se reputa también como desleal que las personas físicas demandadas, algunas de las cuales desempeñarían puestos clave en OSESA, se pasaron en bloque a ENASUI en verano de 2003, dejando desarbolada a OSESA, de modo que ENASUI pudo empezar a funcionar en este sector del mercado, en competencia con la actora y adquiriendo la cartera de clientes de ésta (al menos de los más rentables) sin esfuerzos propios (f. 35 a 44).

Tampoco puede reputarse que la conducta de los demandados fuera desleal por esta razón. En primer lugar, las dos personas que trabajan actualmente para ENASUI (es más, son socios de la misma y ocupan altos cargos directivos) y que desempeñaban una función más importante en OSESA, Don. Daniel y Juan Miguel (el primero, director financiero y subdirector general de OSESA y el segundo director administrativo de tal empresa) no desistieron de su puesto de trabajo sino que fueron despedidos en junio de 2002, no habiendo sido siquiera demandados en este proceso.

En segundo lugar, D. Jose Antonio y D. Carlos Jesús , que tenían puestos de relativa importancia en OSESA (sobre todo el primero, jefe de compras en 1999 y director regional en enero de 2003) no han pasado a trabajar a ENASUI, sino que han fundado su propia empresa, SOTOBELMA.

En tercer lugar, D^a Silvia y D^a Marí Jose , que sí han sido contratadas por ENASUI, no es cierto que ocuparan puestos clave en OSESA puesto que eran simplemente auxiliares administrativas. Y D^a Milagros y D^a Pilar , inspectoras de OSESA, encargadas de sendos grupos de colegios, tampoco puede decirse que ocuparan puestos estratégicos en OSESA y en todo caso eran solamente dos personas, no toda una estructura de recursos humanos que se pasa de una a otra empresa.

Por otra parte, es claro que el desistimiento en la relación laboral, con respeto del plazo de preaviso, es un derecho reconocido al trabajador en el art. 48.1.d del Estatuto de los Trabajadores (y los trabajadores que no respetaron ese plazo fueron justamente los que no fueron a trabajar a ENASUI). Asimismo, la valoración tanto de hechos admitidos por la propia actora como de la prueba practicada lleva a la Sala al convencimiento de que existía una situación laboral en OSESA que suponía un riesgo serio de pérdida del puesto de trabajo, dada la reestructuración que estaban sufriendo los servicios centrales de Madrid y la consiguiente extinción de numerosos puestos de trabajo por despido, cese pactado o no renovación. Tanto en las alegaciones de la actora como en las declaraciones de su representante o sus testigos (por ejemplo, el legal representante de SERUNIÓN o la Sra. Elvira , min. 12:54 aprox., firmante de la carta de despido de Don. Daniel y Juan Miguel , docs. 9 y 10 de la contestación a la demanda de ENASUI) se admite la existencia de tal reestructuración y de un cierto número de despidos. Las declaraciones de testigos ajenos a la actora muestran que tales problemas laborales eran mayores de lo que la actora reconoce. En el propio interrogatorio del representante de la actora, tras negar la existencia de una "campaña" de despidos, la admisión de ceses o no renovaciones en la relación laboral o, directamente, de despidos de la larga lista de personas que el Sr. Letrado de ENASUI le fue enumerando fue altamente significativa (video I, aprox. min. 10:30) En el caso concreto del Sr. Jose Antonio , de las declaraciones testimoniales de los Sres. Tomás (m. 14:45 aprox.) y García Pinto (m. 14:53 aprox.) se desprende que su despido para el curso 2003-2004 era bastante probable y que el Sr. Jose Antonio lo sabía. En estas circunstancias, que un número considerable de empleados de OSESA se marchara de la empresa, unos a trabajar para ENASUI y otros no (no sólo los Sres. Jose Antonio y Carlos Jesús y Daniel y Juan Miguel montaron su propia empresa, consta que otros antiguos empleados de OSESA habían montado otras empresas, como GRIMAUD, que captó como clientes a colegios que hasta ese momento eran servidos por OSESA), no puede considerarse como parte de un plan preconcebido para hundir OSESA aprovechándose de sus medios personales y de sus clientes, sino una consecuencia lógica de la situación existente en OSESA y



del lógico deseo de algunos de sus empleados de asegurarse un empleo en otra empresa. Que respecto de los demandados ello ocurriera en el verano de 2003 ("en cascada, no de golpe", según expresión literal de Doña. Elvira , minuto 13:01 aprox., que recoge la sentencia de instancia) tampoco tiene una significación desleal por contraria a la buena fe, por cuanto que habida cuenta de la actividad a la que se dedican tanto OSESA como ENASUI, el verano marca el final de un curso y el inicio de otro, y por tanto el inicio de la relación contractual entablada por ENASUI con sus nuevos clientes, que justificaba la ampliación de su plantilla.

El último argumento en el que la actora basa su acusación de conducta objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe es que durante el curso 2002-2003, hubo una filtración de información secreta o reservada desde OSESA hasta ENASUI que le aportó ventajas competitivas no basadas en sus propios méritos. Los demandados utilizaron información confidencial de OSESA, en concreto de las bases de datos de clientes de OSESA, accediendo a informaciones que estaban vedadas para ellos, conociendo los términos de las condiciones económicas ofrecidas por OSESA para que ENASUI pudiera hacer una oferta ajustada, así como realizando tales ofertas solamente a los colegios más rentables, que suponiendo el 38% de los clientes, facturaban el 50% y suponían la fuente del 60% de los ingresos de OSESA (f. 21, pág. 18 de la demanda).

La filtración a ENASUI de información reservada (que no secreta, pues no se ha probado que reuniera los requisitos del art. 39.2 .c del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio) por parte de empleados de OSESA mientras todavía trabajaban para esta empresa (concretamente, los Sres. Milagros , Jose Antonio y Penélope) carece de una base probatoria mínima, se basa en meras hipótesis no contrastadas (OSESA había perdido muchos clientes y estas personas, por su puesto de trabajo en OSESA, tenían acceso a información relevante, se viene a decir por algún testigo alto cargo de OSESA), en insinuaciones, si atendemos al contenido de algunas preguntas formuladas en el juicio por el Sr. Letrado de la actora y las contestaciones de algunos testigos de OSESA (algunas de las demandadas se mostraban "raras" los últimos meses que trabajaron para OSESA o se mostraron "cortadas" cuando se les comunicó la pérdida de clientes, terceras personas, no llamadas a testificar, informaron de que D. Jose Antonio había pedido que se le copiara mucha información en disquetes antes de marcharse) y en algunos casos es simplemente absurda, como en el caso del Sr. Jose Antonio , que no pasaría a trabajar en ENASUI sino a fundar su propia empresa (pese a lo cual se hacen conjeturas tan poco sólidas como la que se formula en el interrogatorio de D. Fermín como consecuencia de que D. Jose Antonio se interesara por la capacidad de la cocina de SECAIB, con la que luego contrataría ENASUI, justamente cuando fue, en compañía de D. Fermín , para contratar temporalmente la realización de comidas para OSESA, min. 13:32 aprox.). Los testigos altos cargos o antiguos altos cargos de OSESA, algunos de ellos en puestos de relevancia, han reconocido no poder afirmar que alguno de los demandados hubiera pasado información a ENASUI (Doña. Elvira , m. 13:14 aprox., Sr. Bartolomé , m. 13:25 aprox., Sr. Gabino , m. 14:02 aprox., Sra. Rita , m. 14:22 aprox.). La afirmación de la actora en su demanda se basaría más que en pruebas concretas, en unos supuestos hechos concluyentes que serían los constituidos porque ENASUI tenía conocimiento de cuáles eran los clientes más rentables de OSESA y cuáles habían sido los precios y porcentaje de los cánones de los contratos concertados para los cursos 2002-2003 con diversos colegios.

Pero la contestación a la demanda de ENASUI y la documentación aportada con tal contestación y en la prueba de exhibición de libros ha dejado claro que tales datos no fueron "filtrados" por trabajadores de OSESA mientras todavía trabajaban para ésta, antes de junio de 2003, sino que se trata fundamentalmente de información en poder de ENASUI a través de sus socios y altos cargos D. Juan Miguel y D. Narciso , dado que éstos desempeñaban importantes puestos en OSESA y por tal razón tenían conocimiento y acceso a la contabilidad analítica de la misma, y asimismo, al haber sido despedidos en junio de 2002, tenían conocimiento de los precios y cánones concertados para el curso 2002-2003 con los distintos colegios.

Estos hechos han sido reconocidos en lo fundamental en la contestación a la demanda de ENASUI, con la que se han aportado particulares de la contabilidad analítica de OSESA (docs. 166 a 169). Asimismo, esa documentación, junto con la obtenida en la prueba de exhibición de libros de ENASUI, relacionándola asimismo con el doc. 23 aportado por la actora en la audiencia previa (foliado todo él como núm. 529), muestra que ENASUI tenía un conocimiento exacto de los precios y los cánones concertados para el curso 2002-2003 hasta el punto de que en sus ofertas para el curso 2003-2004, cuando se trataba de colegios clientes de OSESA, en la oferta se informaba de la variación porcentual que sufrían tanto el precio del menú a cobrar al alumno como el canon a revertir al colegio respecto de los del curso 2002-2003, lo que no sucedía en las ofertas que ENASUI realizó a colegios no clientes de OSESA.

En la contestación a la demanda de ENASUI y otros se alega que ENASUI no necesitaba documentación de OSESA porque Don. Daniel y Juan Miguel conocían tales datos al haber tenido una participación activa en su elaboración, habida cuenta de la naturaleza y cometido de sus cargos en OSESA hasta junio de 2002. La propia parte actora reconoce en su recurso de apelación que los socios de ENASUI conocían "toda la información



financiera y contable de actora" (f. 987). Esta Sala entiende razonable que las magnitudes fundamentales de tales datos fueran conocidas por estos señores, dado su cargo, pero también entiende que el hecho de que se quedaran con documentación de OSESA pudo permitir un conocimiento de detalle útil para realizar sus ofertas a los colegios. El considerable número de colegios y la variedad de los datos (costes directos e indirectos, ingresos y beneficios imputables a cada colegio, importe del menú, porcentaje del canon) hace que siendo cierto que tales socios de ENASUI, por el puesto que desempeñaban en OSESA, tuvieran conocimiento de las magnitudes básicas, sin embargo la utilización de la contabilidad de OSESA les fuera de utilidad. La importancia de la contabilidad analítica es reconocida en la propia contestación a la demanda de ENASUI, en la que se afirma que la contabilidad analítica es "un arma fundamental para conocer los resultados de aquellas empresas que se encuentran divididas en centros de coste claramente identificables y a los que les son perfectamente imputables ingresos y costes" (f. 247), importancia ratificada en la prueba testifical de D. Gabino (m. 13:59 aprox.), situación ésta, la de división en centros de coste, que era predicable de OSESA al igual que posteriormente lo fue de ENASUI, lo que permitía discernir, en base a tal contabilidad analítica, qué centros eran más rentables.

Que los socios de ENASUI hubieran sido empleados de OSESA, con importantes cargos dentro de tal empresa, y luego hubieran utilizado su experiencia y sus conocimientos derivados de su trabajo en OSESA para competir con ésta desde ENASUI no puede reputarse desleal. La posibilidad de cambiar de trabajo y de aprovechar en el nuevo trabajo el bagaje de experiencia y conocimiento profesional adquirido en el anterior empleo es un derecho del trabajador con anclaje constitucional en el art. 35.1 de la Constitución (derecho a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción a través del trabajo), y la libre iniciativa **empresarial** tiene también anclaje constitucional (art. 38 de la Constitución).

Las habilidades, capacidades, experiencia y conocimiento del sector que componen la formación y capacitación profesional del trabajador o del directivo 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, normalmente dedicada al mismo sector en el que ha adquirido aquellos valores, siempre que no se haya hecho uso por la empresa de la posibilidad de incluir un pacto de no competencia del art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores. Esas capacidades o habilidades son independientes, por ello, de los **secretos empresariales**, que deben distinguirse de aquellos conocimientos adquiridos por el trabajador y, por tanto, necesarios para hacer uso de su derecho constitucional a desarrollar un trabajo o fundar una empresa, aunque sea una empresa de la competencia.

Cualquier medida jurídica que limite gravemente esta posibilidad del trabajador puede entrar en un serio conflicto con este derecho del art. 35.1 de la Constitución, hasta el punto de que el Tribunal Constitucional Federal alemán, en la conocida sentencia sobre el agente comercial (handelsvertreter) de 7 de febrero de 1990 (BverfGE 81, 242) declaró la inconstitucionalidad de la prohibición de competencia al agente comercial que deja de trabajar para una determinada empresa, justamente por su incompatibilidad con el derecho a la libre elección de profesión contenido también en el catálogo de derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn. Cuando una empresa despide a asalariados que han desempeñado un importante cargo en la misma y con los que no existía concertada una cláusula de no competencia admitida en el art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, se arriesga a que éstos trabajadores pasen a trabajar para otra empresa o funden su propia empresa y aprovechen la experiencia y los concretos conocimientos adquiridos en su trabajo anterior. Por tanto, el aprovechamiento por ENASUI de la experiencia y conocimientos acumulados por sus socios cuando trabajaban como altos cargos de OSESA no es desleal. Las referencias directas o indirectas que en la demanda y en el recurso se hacen a este extremo, o las preguntas formuladas en el juicio tendentes a demostrar las ventajas competitivas que los demandados tenían en base a la información y conocimientos adquiridos en OSESA (por ejemplo, preguntas sobre el conocimiento de las condiciones de contratación con los proveedores que tendría D. Jose Antonio, interrogatorio del testigo D. Bartolomé, jefe de compras de SERUNIÓN, m. 13:22 aprox.) son irrelevantes por cuanto que el aprovechamiento por los demandados de los conocimientos y experiencia adquirida durante su trabajo en OSESA y las ventajas competitivas que ello conllevaba es plenamente legítimo desde el punto de vista concurrencial.

Pero que algunas de estas personas que dejaron de trabajar en OSESA se hubieran quedado con documentación reservada de OSESA, como es la contabilidad analítica o los listados de precios y cánones del curso 2002-2003 (que aunque no aportados con la contestación a la demanda es evidente que fue manejada por ENASUI porque pudo indicar en sus ofertas a los colegios que tenían contratos en vigor con OSESA para el curso 2002-2003 la variación porcentual exacta que sobre los mismos), y los utilizaran competitivamente para ajustar sus ofertas y para hacerlas solamente a los clientes más rentables de OSESA se entiende que es objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, puesto que se trata de una conducta que OSESA podía legítimamente esperar que no se produjera, al tratarse de información contable y comercial que los antiguos empleados no tenían derecho a mantener en su poder, y desleal desde el punto de vista concurrencial, pues



otorgó a ENASUI ventajas competitivas no justificadas en los propios méritos de ENASUI y sus socios, sino en el hecho de que éstos se quedaran con documentación reservada de la empresa de la que habían sido despedidos y la utilizaran en su nueva empresa.

En este concreto extremo, la conducta de ENASUI ha de ser reputada desleal. La utilización por antiguos empleados de información fundamental para competir con su antigua empresa, permitiéndoles ajustar sus ofertas y concentrarlas en los colegios más rentables, cuando tal información está contenida en documentación reservada de su antigua empresa que los citados empleados han retenido indebidamente en su poder tras su despido, aporta a ENASUI una ventaja competitiva ajena a sus propios méritos y derivados de una conducta (la retención de documentación fundamental para lograr ventajas competitivas) objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe.

Tal declaración de deslealtad (y la consiguiente condena a indemnizar los daños y perjuicios causados por tal conducta) puede realizarse en la sentencia de apelación, sin incurrir en incongruencia, pese a que en la demanda se alegaban hechos que no coinciden con los que son tomados en consideración en esta sentencia para basar la condena de ENASUI, y ello por varias razones. En primer lugar, porque los hechos en que la misma se basa, fundamentalmente la tenencia y utilización por ENASUI y sus socios de la contabilidad analítica de OSESA a la que tenían acceso por razón de sus cargos, han sido incorporados al proceso en la fase de alegaciones del mismo, si bien lo han sido por los propios demandados. En segundo lugar, porque se trata de hechos realizados clandestinamente por los demandados respecto de los que la actora podía conocer su alcance (que ENASUI disponía de información reservada y estratégica acerca de OSESA), pero no su exacta forma de producirse. Por último, porque tanto los hechos alegados en la demanda (filtración de información a ENASUI por parte de empleados de OSESA que luego pasarían a trabajar para ENASUI) como los hechos que finalmente sirven para fundamentar la condena de ENASUI (retención de documentación estratégica por antiguos empleados despedidos de OSESA que luego la emplearían en la empresa de la que son socios) pueden encuadrarse en una misma categoría de hechos desleales (utilización desleal de información reservada de la empresa competidora objetivamente contraria a la buena fe). Esta Sala, pese a las dudas que suscita la cuestión, considera que no supone infracción de los principios de congruencia y prohibición de introducción de cuestiones nuevas en apelación la condena de ENASUI basada en hechos de la misma naturaleza (en cuanto a ilícitos concurrenciales) que algunos de los alegados en la demanda, de carácter clandestino en cuanto realizados a espaldas de OSESA, y que han sido introducidos en el proceso por la propia parte demandada y utilizados por la parte actora recurrente para fundar su recurso de apelación.

Ahora bien, la condena por deslealtad concurrencial sólo puede alcanzar a ENASUI, puesto que la conducta fue realizada por sus socios y altos cargos (uno el administrador, otro el director general) en beneficio de la sociedad, pero no a los demás demandados. Respecto de los Sres. Jose Antonio y Carlos Jesús , porque los mismos no aportaron tal información reservada a ENASUI, es más, ni siquiera pasaron a trabajar para esta empresa. Respecto de las Sras. Silvia y Marí Jose , porque tampoco aportaron información reservada alguna a ENASUI, habiendo reconocido la parte actora que no desempeñaban cargos de importancia en ENASUI, ni actuaron de forma desleal frente a OSESA, basando ésta su acción en una relación causal de su conducta legítima (el desistimiento de sus contratos de trabajo con OSESA y su incorporación a ENASUI) con hechos supuestamente desleales encuadrada en una teoría de equivalencia de los resultados inaceptable para fundar una condena de esta naturaleza y que en todo caso quedaría excluida por lo previsto en el art. 20.2 de la Ley de **Competencia Desleal**.

Respecto de las Sras. Milagros y Pilar , en su contestación a la demanda se ha reconocido que las mismas, cuando dejaron OSESA en el verano del 2003, se llevaron consigo unos listados de clientes (docs. 22 y 23) que se encuentran en poder de ENASUI, como se reconoce en la contestación a la demanda. Pero ello no puede fundar su condena, por dos razones. La primera, porque la ventaja competitiva que para ENASUI supone disponer de tales listados ha de reputarse escasa. Dado el mercado relevante, los colegios privados, disponer de unas listas de clientes como las aportadas no aporta una ventaja competitiva relevante, puesto que las mismas pueden confeccionarse en un plazo no demasiado largo con la información accesible para el público general (conocimiento adquirido por los socios y trabajadores de ENASUI en su anterior trabajo, guías de teléfonos, organizaciones sectoriales, páginas web). En los mercados constituidos por determinados clientes potenciales (usuarios de determinada marca o tipo de automóvil, abonados a determinado canal televisivo de pago, aficionados a determinado deporte) la posesión de un listado de posibles clientes es fundamental, puesto que se trata de un mercado en el que la condición de cliente real o potencial viene determinada por características no públicas, que no pueden ser conocidas por un competidor sino tras un trabajo de prospección largo y costoso. Pero en un mercado relevante en el que los posibles clientes son colegios privados, la condición de cliente es algo público, los datos relevantes (nombre, dirección, teléfono) pueden conocerse por estos diversos medios al alcance de todas las empresas competidoras, y tras un trabajo no



muy extenso ni costoso, sobre todo para personas que han trabajado en este sector (una llamada telefónica o una visita), también pueden obtenerse datos como el de la persona encargada del catering en el colegio.

La segunda razón es que fundándose la solicitud de declaración y condena por deslealtad concurrencial en la captación de clientes producida en los últimos meses del curso 2002-2003, el hecho de que en septiembre de 2003 las citadas demandadas, al iniciar su trabajo en ENASUI, se llevaran consigo esos listados carece de trascendencia respecto de la conducta reputada desleal en la demanda, por cuanto que son hechos posteriores.

OCTAVO.- La demandante, además de la acción declarativa de deslealtad del art. 18.1 de la Ley de **Competencia Desleal**, ejercita la acción del art. 18.5 de la Ley de **Competencia Desleal**, en base al cual solicita se condene a los demandados a indemnizarle en la cantidad en la que fijan el importe de los daños y perjuicios causados por la pérdida de los 25 colegios que en el curso 2003-2004 pasaron a recibir el servicio de catering, habiendo sido clientes de la actora hasta finales del curso 2002-2003, así como a la notificación de tal declaración de deslealtad a una serie de colegios en relación a los cuales se realizó tal conducta.

El importe de la indemnización es fijado por la actora atendiendo al cálculo del quebranto económico que en dicho ejercicio le ha supuesto verse privada de los ingresos que le suponían esos 25 colegios, aportando al efecto un informe pericial elaborado por la entidad KPMG (doc. 22).

Los demandados, concretamente ENASUI, intentan desacreditar tal informe pericial por varias razones. Aporta ENASUI en su contestación a la demanda un informe en el que se calcula el beneficio que por la contratación con esos colegios ha obtenido en el ejercicio en cuestión. Pero dicho informe no sirve a los efectos indemnizatorios interesados. Que ENASUI haya obtenido más o menos beneficios por contratar con tales colegios depende de muchos factores (eficiencia **empresarial** de ENASUI, envergadura de las inversiones acometidas por ENASUI para poder prestar servicio a los colegios, etc.). Pero lo relevante para indemnizar a OSESA por la conducta desleal de ENASUI (estamos hablando de la acción indemnizatoria, no de la de enriquecimiento injusto) no es la cantidad en la que ésta se haya beneficiado, sino la cantidad en la que OSESA se ha visto perjudicada.

Por otra parte, las críticas que el informe de la actora recibe de los demandados por su falta de rigor no sirven para desvirtuarlo. No es cierto que los redactores del informe no hayan tomado en consideración la contabilidad analítica de OSESA, porque en su informe hacen varias referencias a haber utilizado tal contabilidad para realizar el informe. Por otra parte, la mención a que el mismo ha sido realizado con el material suministrado por OSESA (lo cual por otra parte es obvio pues se trata de calcular el quebranto económico sufrido por dicha entidad) y que de haber contado con otros documentos el resultado podría haber sido distinto es que una cláusula de estilo utilizada también por los redactores del informe aportado por ENASUI.

La valoración del citado informe ha de llevar a considerar suficiente su eficacia probatoria. Parece adecuado que para la realización del mismo se haya utilizado la contabilidad analítica y otra documentación financiero-contable de la actora. También parece adecuado que se hayan tomado en consideración los costes indirectos, en contra de lo pretendido por la demandada, pues tales costes deben soportarlos las empresas incluso si están inactivas y, excepción hecha de supuestos especiales, se generan independientemente del volumen de la producción. Estos costes fijos deben tenerse en cuenta para el cálculo ordinario de los daños y perjuicios sufridos por la demandada, puesto que los mismos se han producido aunque la actividad económica de la demandada haya disminuido como consecuencia (como se verá, consecuencia parcial) de la conducta desleal de los demandados (mantenimiento de costes confirmado testificalmente por D. Gabino, controller de gestión de SERUNIÓN, m. 13:59 aprox.).

En cuanto a las numerosas críticas que la demandada hace a dicho informe, todo informe de cálculo de unos perjuicios económicos es criticable, puesto que está informando sobre algo que no ha sucedido (es decir, por unas expectativas de beneficios para cuyo cálculo son determinantes unos ingresos que debieron producirse y no se han producido), y necesariamente tiene siempre algo de formulación de hipótesis. Pero la Sala entiende que el informe está razonable y suficientemente justificado y razonado y que puede servir para fijar cuál es el quebranto económico que OSESA sufrió en el curso 2003-2004 por la pérdida de esos 25 colegios.

Por otra parte, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el art. 209 en relación al 219, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la sentencia ha de determinarse siempre la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de sentencia, salvo que la liquidación consista en una pura operación aritmética (lo que claramente no sería el caso de autos), para que pueda estimarse una oposición a la solicitud de condena a una cantidad determinada fijada en un informe pericial la parte demandada ha de desvirtuar de un modo claro y rotundo tal informe y la consiguiente petición indemnizatoria que se realiza en la demanda. Ello no ha sucedido en el caso de autos, sin perjuicio de que en el cálculo de este tipo de indemnizaciones siempre hay un cierto margen de inexactitud en la determinación del quebranto económico,



por lo que tiene de hipotético el cálculo del lucro que se hubiera obtenido de no haber sucedido determinados hechos.

Únicamente ha de detraerse del informe la partida correspondiente al colegio de N^a Sra. de las Victorias (Afanias) que, según consta reconocido en autos, no contrató finalmente con ENASUI, aunque inicialmente tuviera intención de hacerlo. El argumento de OSESA de que tal colegio ha de tenerse en cuenta también para el cálculo de la indemnización porque la ruptura de relaciones contractuales con OSESA fue también debida a ENASUI no puede tomarse en consideración. Una vez sentado que no hubo denigración, engaño ni otra actividad obstaculizadora por parte de ENASUI ni de personas que actuaran por cuenta de ésta, ha de entenderse que si OSESA perdió a tal cliente fue porque otra empresa hizo una oferta más competitiva. Por tanto, deduciendo los beneficios de 5.971,89 euros correspondientes a ese colegio, puede valorarse el quebranto económico sufrido por la actora por la pérdida de los colegios que contrataron con ENASUI en 725.015,96 euros.

Cualquier medida jurídica que limite gravemente esta posibilidad del trabajador puede entrar en un serio conflicto con este derecho del art. 35.1 de la Constitución, hasta el punto de que el Tribunal Constitucional Federal alemán, en la conocida sentencia sobre el agente comercial (handelsvertreter) de 7 de febrero de 1990 (BverfGE 81, 242) declaró la inconstitucionalidad de la prohibición de competencia al agente comercial que deja de trabajar para una determinada empresa, justamente por su incompatibilidad con el derecho a la libre elección de profesión contenido también en el catálogo de derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn. Cuando una empresa despide a asalariados que han desempeñado un importante cargo en la misma y con los que no existía concertada una cláusula de no competencia admitida en el art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, se arriesga a que éstos trabajadores pasen a trabajar para otra empresa o funden su propia empresa y aprovechen la experiencia y los concretos conocimientos adquiridos en su trabajo anterior. Por tanto, el aprovechamiento por ENASUI de la experiencia y conocimientos acumulados por sus socios cuando trabajaban como altos cargos de OSESA no es desleal. Las referencias directas o indirectas que en la demanda y en el recurso se hacen a este extremo, o las preguntas formuladas en el juicio tendentes a demostrar las ventajas competitivas que los demandados tenían en base a la información y conocimientos adquiridos en OSESA (por ejemplo, preguntas sobre el conocimiento de las condiciones de contratación con los proveedores que tendría D. Jose Antonio, interrogatorio del testigo D. Bartolomé, jefe de compras de SERUNIÓN, m. 13:22 aprox.) son irrelevantes por cuanto que el aprovechamiento por los demandados de los conocimientos y experiencia adquirida durante su trabajo en OSESA y las ventajas competitivas que ello conllevaba es plenamente legítimo desde el punto de vista concurrencial.

Pero que algunas de estas personas que dejaron de trabajar en OSESA se hubieran quedado con documentación reservada de OSESA, como es la contabilidad analítica o los listados de precios y cánones del curso 2002-2003 (que aunque no aportados con la contestación a la demanda es evidente que fue manejada por ENASUI porque pudo indicar en sus ofertas a los colegios que tenían contratos en vigor con OSESA para el curso 2002-2003 la variación porcentual exacta que sobre los mismos), y los utilizaran competitivamente para ajustar sus ofertas y para hacerlas solamente a los clientes más rentables de OSESA se entiende que es objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, puesto que se trata de una conducta que OSESA podía legítimamente esperar que no se produjera, al tratarse de información contable y comercial que los antiguos empleados no tenían derecho a mantener en su poder, y desleal desde el punto de vista concurrencial, pues otorgó a ENASUI ventajas competitivas no justificadas en los propios méritos de ENASUI y sus socios, sino en el hecho de que éstos se quedarán con documentación reservada de la empresa de la que habían sido despedidos y la utilizarán en su nueva empresa.

En este concreto extremo, la conducta de ENASUI ha de ser reputada desleal. La utilización por antiguos empleados de información fundamental para competir con su antigua empresa, permitiéndoles ajustar sus ofertas y concentrarlas en los colegios más rentables, cuando tal información está contenida en documentación reservada de su antigua empresa que los citados empleados han retenido indebidamente en su poder tras su despido, aporta a ENASUI una ventaja competitiva ajena a sus propios méritos y derivados de una conducta (la retención de documentación fundamental para lograr ventajas competitivas) objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe.

Tal declaración de deslealtad (y la consiguiente condena a indemnizar los daños y perjuicios causados por tal conducta) puede realizarse en la sentencia de apelación, sin incurrir en incongruencia, pese a que en la demanda se alegaban hechos que no coinciden con los que son tomados en consideración en esta sentencia para basar la condena de ENASUI, y ello por varias razones. En primer lugar, porque los hechos en que la misma se basa, fundamentalmente la tenencia y utilización por ENASUI y sus socios de la contabilidad analítica de OSESA a la que tenían acceso por razón de sus cargos, han sido incorporados al proceso en la fase de alegaciones del mismo, si bien lo han sido por los propios demandados. En segundo lugar, porque



se trata de hechos realizados clandestinamente por los demandados respecto de los que la actora podía conocer su alcance (que ENASUI disponía de información reservada y estratégica acerca de OSESA), pero no su exacta forma de producirse. Por último, porque tanto los hechos alegados en la demanda (filtración de información a ENASUI por parte de empleados de OSESA que luego pasarían a trabajar para ENASUI) como los hechos que finalmente sirven para fundamentar la condena de ENASUI (retención de documentación estratégica por antiguos empleados despedidos de OSESA que luego la emplearían en la empresa de la que son socios) pueden encuadrarse en una misma categoría de hechos desleales (utilización desleal de información reservada de la empresa competidora objetivamente contraria a la buena fe). Esta Sala, pese a las dudas que suscita la cuestión, considera que no supone infracción de los principios de congruencia y prohibición de introducción de cuestiones nuevas en apelación la condena de ENASUI basada en hechos de la misma naturaleza (en cuanto a ilícitos concurrenciales) que algunos de los alegados en la demanda, de carácter clandestino en cuanto realizados a espaldas de OSESA, y que han sido introducidos en el proceso por la propia parte demandada y utilizados por la parte actora recurrente para fundar su recurso de apelación.

Ahora bien, la condena por deslealtad concurrencial sólo puede alcanzar a ENASUI, puesto que la conducta fue realizada por sus socios y altos cargos (uno el administrador, otro el director general) en beneficio de la sociedad, pero no a los demás demandados. Respecto de los Sres. Jose Antonio y Carlos Jesús, porque los mismos no aportaron tal información reservada a ENASUI, es más, ni siquiera pasaron a trabajar para esta empresa. Respecto de las Sras. Silvia y Marí Jose, porque tampoco aportaron información reservada alguna a ENASUI, habiendo reconocido la parte actora que no desempeñaban cargos de importancia en ENASUI, ni actuaron de forma desleal frente a OSESA, basando ésta su acción en una relación causal de su conducta legítima (el desistimiento de sus contratos de trabajo con OSESA y su incorporación a ENASUI) con hechos supuestamente desleales encuadrada en una teoría de equivalencia de los resultados inaceptable para fundar una condena de esta naturaleza y que en todo caso quedaría excluida por lo previsto en el art. 20.2 de la Ley de **Competencia Desleal**.

Respecto de las Sras. Milagros y Pilar, en su contestación a la demanda se ha reconocido que las mismas, cuando dejaron OSESA en el verano del 2003, se llevaron consigo unos listados de clientes (docs. 22 y 23) que se encuentran en poder de ENASUI, como se reconoce en la contestación a la demanda. Pero ello no puede fundar su condena, por dos razones. La primera, porque la ventaja competitiva que para ENASUI supone disponer de tales listados ha de reputarse escasa. Dado el mercado relevante, los colegios privados, disponer de unas listas de clientes como las aportadas no aporta una ventaja competitiva relevante, puesto que las mismas pueden confeccionarse en un plazo no demasiado largo con la información accesible para el público general (conocimiento adquirido por los socios y trabajadores de ENASUI en su anterior trabajo, guías de teléfonos, organizaciones sectoriales, páginas web). En los mercados constituidos por determinados clientes potenciales (usuarios de determinada marca o tipo de automóvil, abonados a determinado canal televisivo de pago, aficionados a determinado deporte) la posesión de un listado de posibles clientes es fundamental, puesto que se trata de un mercado en el que la condición de cliente real o potencial viene determinada por características no públicas, que no pueden ser conocidas por un competidor sino tras un trabajo de prospección largo y costoso. Pero en un mercado relevante en el que los posibles clientes son colegios privados, la condición de cliente es algo público, los datos relevantes (nombre, dirección, teléfono) pueden conocerse por estos diversos medios al alcance de todas las empresas competidoras, y tras un trabajo no muy extenso ni costoso, sobre todo para personas que han trabajado en este sector (una llamada telefónica o una visita), también pueden obtenerse datos como el de la persona encargada del catering en el colegio.

La segunda razón es que fundándose la solicitud de declaración y condena por deslealtad concurrencial en la captación de clientes producida en los últimos meses del curso 2002-2003, el hecho de que en septiembre de 2003 las citadas demandadas, al iniciar su trabajo en ENASUI, se llevaran consigo esos listados carece de trascendencia respecto de la conducta reputada desleal en la demanda, por cuanto que son hechos posteriores.

OCTAVO.- La demandante, además de la acción declarativa de deslealtad del art. 18.1 de la Ley de **Competencia Desleal**, ejercita la acción del art. 18.5 de la Ley de **Competencia Desleal**, en base al cual solicita se condene a los demandados a indemnizarle en la cantidad en la que fijan el importe de los daños y perjuicios causados por la pérdida de los 25 colegios que en el curso 2003-2004 pasaron a recibir el servicio de catering, habiendo sido clientes de la actora hasta finales del curso 2002-2003, así como a la notificación de tal declaración de deslealtad a una serie de colegios en relación a los cuales se realizó tal conducta.

El importe de la indemnización es fijado por la actora atendiendo al cálculo del quebranto económico que en dicho ejercicio le ha supuesto verse privada de los ingresos que le suponían esos 25 colegios, aportando al efecto un informe pericial elaborado por la entidad KPMG (doc. 22).



Los demandados, concretamente ENASUI, intentan desacreditar tal informe pericial por varias razones. Aporta ENASUI en su contestación a la demanda un informe en el que se calcula el beneficio que por la contratación con esos colegios ha obtenido en el ejercicio en cuestión. Pero dicho informe no sirve a los efectos indemnizatorios interesados. Que ENASUI haya obtenido más o menos beneficios por contratar con tales colegios depende de muchos factores (eficiencia **empresarial** de ENASUI, envergadura de las inversiones acometidas por ENASUI para poder prestar servicio a los colegios, etc.). Pero lo relevante para indemnizar a OSESA por la conducta desleal de ENASUI (estamos hablando de la acción indemnizatoria, no de la de enriquecimiento injusto) no es la cantidad en la que ésta se haya beneficiado, sino la cantidad en la que OSESA se ha visto perjudicada.

Por otra parte, las críticas que el informe de la actora recibe de los demandados por su falta de rigor no sirven para desvirtuarlo. No es cierto que los redactores del informe no hayan tomado en consideración la contabilidad analítica de OSESA, porque en su informe hacen varias referencias a haber utilizado tal contabilidad para realizar el informe. Por otra parte, la mención a que el mismo ha sido realizado con el material suministrado por OSESA (lo cual por otra parte es obvio pues se trata de calcular el quebranto económico sufrido por dicha entidad) y que de haber contado con otros documentos el resultado podría haber sido distinto es que una cláusula de estilo utilizada también por los redactores del informe aportado por ENASUI.

La valoración del citado informe ha de llevar a considerar suficiente su eficacia probatoria. Parece adecuado que para la realización del mismo se haya utilizado la contabilidad analítica y otra documentación financiero-contable de la actora. También parece adecuado que se hayan tomado en consideración los costes indirectos, en contra de lo pretendido por la demandada, pues tales costes deben soportarlos las empresas incluso si están inactivas y, excepción hecha de supuestos especiales, se generan independientemente del volumen de la producción. Estos costes fijos deben tenerse en cuenta para el cálculo ordinario de los daños y perjuicios sufridos por la demandada, puesto que los mismos se han producido aunque la actividad económica de la demandada haya disminuido como consecuencia (como se verá, consecuencia parcial) de la conducta desleal de los demandados (mantenimiento de costes confirmado testificalmente por D. Gabino , controller de gestión de SERUNIÓN, m. 13:59 aprox.).

En cuanto a las numerosas críticas que la demandada hace a dicho informe, todo informe de cálculo de unos perjuicios económicos es criticable, puesto que está informando sobre algo que no ha sucedido (es decir, por unas expectativas de beneficios para cuyo cálculo son determinantes unos ingresos que debieron producirse y no se han producido), y necesariamente tiene siempre algo de formulación de hipótesis. Pero la Sala entiende que el informe está razonable y suficientemente justificado y razonado y que puede servir para fijar cuál es el quebranto económico que OSESA sufrió en el curso 2003-2004 por la pérdida de esos 25 colegios.

Por otra parte, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el art. 209 en relación al 219, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en la sentencia ha de determinarse siempre la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de sentencia, salvo que la liquidación consista en una pura operación aritmética (lo que claramente no sería el caso de autos), para que pueda estimarse una oposición a la solicitud de condena a una cantidad determinada fijada en un informe pericial la parte demandada ha de desvirtuar de un modo claro y rotundo tal informe y la consiguiente petición indemnizatoria que se realiza en la demanda. Ello no ha sucedido en el caso de autos, sin perjuicio de que en el cálculo de este tipo de indemnizaciones siempre hay un cierto margen de inexactitud en la determinación del quebranto económico, por lo que tiene de hipotético el cálculo del lucro que se hubiera obtenido de no haber sucedido determinados hechos.

Únicamente ha de detraerse del informe la partida correspondiente al colegio de N^a Sra. de las Victorias (Afanias) que, según consta reconocido en autos, no contrató finalmente con ENASUI, aunque inicialmente tuviera intención de hacerlo. El argumento de OSESA de que tal colegio ha de tenerse en cuenta también para el cálculo de la indemnización porque la ruptura de relaciones contractuales con OSESA fue también debida a ENASUI no puede tomarse en consideración. Una vez sentado que no hubo denigración, engaño ni otra actividad obstaculizadora por parte de ENASUI ni de personas que actuaran por cuenta de ésta, ha de entenderse que si OSESA perdió a tal cliente fue porque otra empresa hizo una oferta más competitiva. Por tanto, deduciendo los beneficios de 5.971,89 euros correspondientes a ese colegio, puede valorarse el quebranto económico sufrido por la actora por la pérdida de los colegios que contrataron con ENASUI en 725.015,96 euros.

Ahora bien, entre la actuación ilícita de la demandada ENASUI y el daño económico a cuya indemnización ha de condenársele ha de existir una relación de causalidad. Y en la valoración de esa relación de causalidad puede considerarse que la actuación ilícita de ENASUI (la utilización de la contabilidad analítica de OSESA y de los precios y cánones ofertados para el curso 2002-2003 que habían retenido en su poder Don. Daniel y Juan Miguel tras ser despedidos) no es la única causa del daño económico sufrido por OSESA por la pérdida



de sus clientes, en cuyo caso habrá de reducirse la indemnización, con criterios de prudencia y razonabilidad, a la proporción en la que se estime pudo incidir la conducta ilícita en la producción de tal daño económico.

La valoración conjunta de los hechos admitidos por las partes y de las pruebas practicadas llevan a esta Sala a la conclusión, coincidente en este extremo con la realizada por la Juez "a quo" de que existía descontento entre clientes de OSESA en relación al servicio que ésta prestaba, hasta el punto de que algunos de los colegios que pasaron de OSESA a ENASUI en junio de 2003 no accedieron siquiera a hablar con quienes por cuenta de OSESA intentaron contactarlos para recuperarlos como clientes o justificaron su ruptura con OSESA por la bajada en la calidad, según ha afirmado la Sra. Rita . Asimismo, habida cuenta del importante cargo que desempeñaban Don. Daniel y Juan Miguel , del conocimiento que la propia actora ha reconocido que dichos señores tenían de la información económica, financiera y contable de la sociedad, ha de entenderse que dentro del bagaje profesional, de la experiencia y conocimientos adquiridos por los mismos por su trabajo en OSESA estaba el conocimiento de qué centros educativos eran rentables y qué centros no lo eran o lo eran menos, así como el mecanismo fundamental de precios y cánones aplicado con los colegios y, al menos aproximadamente, el importe de los fijados para el curso 2002-2003, necesariamente negociados y determinados durante los últimos meses del curso 2001-2002 y en los que, por su cargo, dichos señores habrían tenido intervención y conocimiento. La Sala entiende que éstas fueron las causas fundamentales de que tales clientes dejaran de recibir servicio de OSESA y pasaran a recibirlo de ENASUI. El manejo de la contabilidad analítica y del listado de precios y cánones de OSESA por parte de ENASUI sólo pudo tener una función complementaria de los conocimientos que sobre ese particular tenían Don. Daniel y Juan Miguel por los cargos que habían desempeñado en OSESA, y ahí se discrepa con la apreciación de la Juez "a quo", que entendió que ENASUI consiguió atraerse a los colegios que eran clientes de OSESA por su labor promocional y dado el descontento que existía con OSESA, contratando libre y voluntariamente con ENASUI, sin dar relevancia alguna al conocimiento detallado y preciso que Don. Daniel y Juan Miguel tenían de la contabilidad analítica y de los precios y cánones fijados para cada colegio cara al curso 2002-2003 no ya por razón del cargo que ostentaron en OSESA sino por haber retenido en su poder la documentación en la que constaban tales datos cuando fueron despedidos de OSESA.

La razón de que esta Sala, a efectos de fijar la indemnización, dé parcialmente acogida a la tesis de ENASUI de que sus socios no necesitaban tal documentación para realizar sus ofertas por razón del conocimiento que tenían en razón a sus cargos no ha de vincularse a la regla de no dividir el reconocimiento de un hecho en perjuicio de quien hace tal reconocimiento, al modo de lo que preveía el antiguo art. 1233 del Código Civil para la confesión, dado que la utilización por ENASUI de la contabilidad analítica de OSESA sólo consta en autos por haberlo reconocido así ENASUI en su contestación a la demanda, que a tal reconocimiento ha añadido que la tenencia de tal documentación era innecesaria por el conocimiento que de tales datos tenían Don. Daniel y Juan Miguel . Se trata más bien de que del conjunto de datos fácticos que han de tomarse en consideración, por haber sido admitidos o probados en autos, resulta efectivamente que tales Sres. tenían un amplio conocimiento de estos datos por razón del cargo que desempeñaban (así lo reconoce, por ejemplo, D. Gabino , controller de gestión de SERUNIÓN, m. 14:01 aprox. o D^a Rita , m. 14:21 aprox., D^a Penélope , directora de control o controller de gestión en Madrid, m. 14:49 aprox.). Y, como se ha dicho, la utilización de tal conocimiento y experiencia por antiguos empleados en nuevas empresas competidoras no puede considerarse desleal sino, al contrario, protegido no sólo por el principio de libre competencia que inspira la regulación de la Ley de **Competencia Desleal** sino incluso por los derechos constitucionales a la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 de la Constitución) y a la libre iniciativa **empresarial** (art. 38 de la Constitución).

Es por ello que la indemnización a abonar por ENASUI a OSESA ha de reducirse al 20% del quebranto económico sufrido por ésta durante el curso 2003-2004 por la pérdida de esos 24 clientes, que es el fijado en el informe pericial aportado con la demanda una vez detraídos los beneficios que hubieran correspondido por el centro de Afanias que finalmente no contrató con ENASUI. La cuantía de la indemnización ha de quedar fijada en 145.003,19 euros .

Por la misma razón de que la actuación desleal de ENASUI tuvo una incidencia muy limitada en la ruptura o cese de las relaciones contractuales de esos colegios con OSESA y el inicio de tales relaciones con ENASUI, no se considera pertinente la notificación a tales colegios de la declaración de deslealtad que se hace en la sentencia.

NOVENO.- En cuanto a la solicitud de condena al pago de intereses, al no ser plena la estimación de la demanda que resulta de la revocación de la sentencia, y no concurrir las especiales circunstancias que el Tribunal Supremo ha tomado en consideración para moderar la doctrina resultante del aforismo "in iliquidis non fit mora", ha de entenderse que la cantidad adeudada no era líquida en el momento de la interposición de la demanda; de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1^a, de 28 de febrero de 1.975 , es



ilíquida la deuda cuando para conocer su cuantía se precisa seguir un juicio, y también, de acuerdo con las Sentencias de 12 de julio de 1.973 y la antes citada de 28 de febrero de 1.975, cuando el Juzgador concede menos de lo pedido. Como afirma la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, "doctrina reiterada de esta Sala determina que los intereses legales por mora no pueden imponerse a partir de la interpelación judicial cuando la reclamación hubiera sido rebajada en la sentencia, siendo la fecha de ésta la que determine el momento inicial de abono, pues se ha demostrado que la determinación de la suma ha dependido del pleito que se establece en la misma (SS de 29 Feb. 1992 y 4 Nov. 1996, entre otras muchas)".

En consecuencia, la cantidad a cuyo pago se condena a la parte demandada sólo devengará el interés legal incrementado en dos puntos, a partir de la fecha de esta sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DÉCIMO.- La estimación parcial del recurso de apelación determina, en materia de costas, que no se impongan en primera ni en segunda instancia las causadas por la intervención en el proceso de ENASUI y de SERUNIÓN, conforme al art. 394 y al 398 en relación al citado 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que se condene a la parte actora al pago de las costas provocadas por la intervención en el proceso de los demás codemandados, por entender que no concurrían serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen la no imposición de costas, así como de las causadas a los mismos en apelación, al haber sido desestimado plenamente el recurso de apelación interpuesto respecto de los mismos y confirmada su libre absolución.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de SERUNION, S.A. contra la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2005 dictada en el proceso núm. 619/2004 seguido ante el Juzgado Primera Instancia núm. 59 de Madrid, en el procedimiento núm. 619/2004 del que este rollo dimana.

2.- Revocamos la resolución recurrida en el extremo relativo a la libre absolución de la entidad ENASUI, S.L. y a la condena a la actora de las costas provocadas por la intervención en el proceso de la entidad ENASUI, S.L., y en su lugar acordamos:

2.1 Declarar desleal la actuación de la entidad ENASUI, S.L.

2.2 Condenar a ENASUI, S.L. a estar y pasar por esta declaración y, en consecuencia, a que indemnice a la actora en la cantidad de CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL TRES EUROS CON DIECINUEVE CÉNTIMOS (145.003,19 euros).

2.3 No hacer expresa imposición de las costas causadas a la actora y a la codemandada ENASUI, S.L. por su intervención en primera instancia

3.- Confirmamos los demás pronunciamientos de la resolución recurrida.

4.- No hacemos expresa imposición de las costas derivadas del recurso de apelación respecto de la entidad actora y de la codemandada ENASUI, S.L. y condenamos a la recurrente al pago de las costas causadas por la intervención de los demás codemandados en la segunda instancia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.