



Roj: **SAP M 3531/2014 - ECLI:ES:APM:2014:3531**

Id Cendoj: **28079370282014100044**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **17/02/2014**

Nº de Recurso: **666/2013**

Nº de Resolución: **56/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2012/0012588

ROLLO DE APELACIÓN Nº 666/2013.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 1103/2010.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº Seis de Madrid.

Parte recurrente: DIRECT SUPORT, S.L. y TRAYCCO PUBLICITAT, S.L.

Procurador: D. Antonio Sorribes Calle

Letrado: D. Antonio Almenara Pérez

Parte recurrida: D. Jose Daniel

Procurador: D. Raúl Martínez Ostenero

Letrada: D<sup>a</sup> Josefa Rojo Junquera

Parte recurrida: D. Juan Ramón

Procurador: D. Raúl Martínez Ostenero

Letrado: D. Miguel Ángel Ibáñez Salvador

Parte recurrida: GRUPO MOLINER CONSULTORES, S.A. y D. Antonio

Procurador: D. Raúl Martínez Ostenero

Letrado: D. Marcelino Pajares Villarroya

Parte recurrida: POST DATA CONSULTING, S.L., D<sup>a</sup> Ruth y D. Celestino

Procuradora: D<sup>a</sup> Margarita Contreras Herradón

Letrado: D. Javier Cardona Ayuso

### **SENTENCIA nº 56/2014**

En Madrid, a diecisiete de febrero de dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Pedro María Gómez Sánchez, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 1103/2010 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Seis de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandante la Sentencia que dictó el Juzgado el día cuatro de septiembre de dos mil trece.

Ha comparecido en esta alzada la parte demandante, DIRECT SUPORT, S.L. y TRAYCCO PUBLICITAT, S.L. representadas por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Sorribes Calle y asistida del Letrado D. Antonio Almenara Pérez, así como los demandados; D. Jose Daniel, representado por el Procurador de los Tribunales



D. Raúl Martínez Ostenero y asistido de la Letrada D<sup>a</sup> Josefa Rojo Junquera; D. Juan Ramón , representado por el Procurador de los Tribunales D. Raúl Martínez Ostenero y asistidos del Letrado D. Miguel Ángel Ibáñez Salvador; GRUPO MOLINER CONSULTORES, S.A. y D. Antonio , representados por el Procurador de los Tribunales D. Raúl Martínez Ostenero y asistidos del Letrado D. Marcelino Pajares Villarroya; POST DATA CONSULTING, S.L., D<sup>a</sup> Ruth y D. Celestino , representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Margarita Contreras Herradón y asistidos del Letrado D. Javier Cardona Ayuso

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta seguidos a instancia de las entidades TRAYCCO PUBLICITAT, S.L. y de DIRECT SUPORT, S.L. , representados por el Procurador Sr. Sorribes Calle y asistidos del Letrado D. Antonio Almenara Pérez; contra D. Juan Ramón , representado por el Procurador Sr. Martínez Ostenero y asistido del Letrado D. Miguel Ángel Ibáñez Salvador; contra D. Jose Daniel , representado por el Procurador Sr. Martínez Ostenero y asistido de la Letrada D<sup>ña</sup>. Josefa Rojo Junquera; contra GRUPO MOLINER CONSULTORES, S.A. y D. Antonio , representados por el Procurador Sr. Martínez Ostenero y asistidos del Letrado D. Marcelino Pajares Villarroya; y contra POST DATA CONSULTING Y PUBLICIDAD, S.L. , D. Celestino y D<sup>ña</sup>. Ruth , representados por la Procuradora Sra. Contreras Herradón y asistidos del Letrado D. Javier Cardona Ayuso; debo absolver y absuelvo a las demandadas de las pretensiones formuladas, con imposición de las costas causadas a los demandados a las partes demandantes de modo solidario."

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día trece de febrero de dos mil catorce.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Las mercantiles TRAYCCO PUBLICITAT, S.L. y DIRECT SUPORT, S.L. interpusieron demanda de juicio ordinario contra D. Juan Ramón , D. Jose Daniel , GRUPO MOLINER CONSULTORES, S.A., D. Antonio , POST DATA CONSULTING, S.L., D<sup>a</sup> Ruth y D. Celestino por la que interesaban los siguientes pronunciamientos:

A.- Se declare que D. Juan Ramón ha realizado actos que incumplen las obligaciones contractuales consistentes en un "no hacer competencia"; B.- Se declare que D. Juan Ramón y D. Jose Daniel han realizado actos de engaño consistentes en conductas de contenido de información falsa que han inducido a los destinatarios a alterar su comportamiento económico al incidir sobre la situación y solvencia de las demandantes; C.- Se declare que D. Juan Ramón y D. Jose Daniel han realizado actos de denigración consistentes en difundir manifestaciones sobre la actividad y la situación económica de los demandantes menoscabando su reputación y crédito en el mercado; D.- Se declare que los siguientes demandados han realizado actos de violación de **secretos empresariales**: 1.-, D. Juan Ramón y D. Jose Daniel por haber efectuado: (i) un descubrimiento de **secretos** al haber obtenido información secreta del servidor de los demandantes y de las dependencias de la sede, ilegalmente obtenida, (ii) una divulgación y/o difusión de **secretos** al haber puesto los **secretos** en conocimiento de las mercantiles Grupo Moliner y Post Data en cuanto competidoras de las demandantes, (iii) una explotación de **secretos** al tener el ánimo de obtener un provecho propio o de un tercero, o, por lo menos, de perjudicar a los demandantes, (iv) con coexistencia de conducta de infracción de deberes contractuales básicos; 2.- la mercantil Grupo Moliner Consultores, S.A ha realizado actos de violación de **secretos empresariales** por haber efectuado una divulgación y/o difusión de **secretos** al haber efectuado: (i) una divulgación y/o difusión de **secretos** al haber puesto en conocimiento de la mercantil Post Data (competidora de las demandantes) los **secretos** que tenía de los demandantes, (ii) una explotación de **secretos** al tener el ánimo de obtener un provecho propio o de un tercero o, por lo menos, de perjudicar a los demandantes; 3.- la mercantil Post Data Consulting y Publicidad, S.L. ha realizado actos de violación de **secretos empresariales** por haber efectuado una explotación de los **secretos empresariales** de los demandantes al tener de el ánimo de obtener un provecho propio o de un tercero o, por lo menos, de perjudicar a los demandantes; E.- Se declare que D. Juan Ramón y D. Jose Daniel han realizado actos de inducción a trabajadores, repartidores autónomos y clientes consistentes en que infringieran los deberes contractuales básico y mediante el engaño (respecto de la situación económica real, la finalización de contratos, la solvencia de los demandantes y bajo la promesa de otros contratos vinculados a terceros en el mismo ramo de actividad), lograr que procedieran a la terminación de sus relaciones laborales/contractuales, con el ánimo de perjudicar a los demandantes; F.- Subsidiariamente a las anteriores acciones declarativas, y para el caso de que ninguna



de ellas hubiera podido prosperar se declare que D. Juan Ramón y D. Jose Daniel , la mercantil Grupo Moliner Consultores, S.A., D. Antonio , la mercantil Post Data Consulting y Publicidad, S.L., D. Celestino y Dña. Ruth han realizado actos objetivamente contrarios a la buena fe consistentes en todos los hechos relatados; G.- Se declare que D. Juan Ramón ha realizado actos objetivamente contrarios a la buena fe al cambiar el régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación de bienes como medio para adjudicar las participaciones de Direct Support a su mujer y eludir las obligaciones que había asumido anteriormente, en fraude de ley; H.- Se declare que D. Juan Ramón y D. Jose Daniel han realizado actos objetivamente contrarios a la buena fe por desviar clientes nuevos a otras empresas, estando aún trabajando para las actoras; I.- Se declare que los demandados D. Juan Ramón y D. Jose Daniel , la mercantil

La demanda rectora de las actuaciones se interpone, según lo expuesto, por TRAYCCO PUBLICITAT, S.L. y DIRECT SUPORT, S.L.

Se trata de sociedades dedicadas al buzoneo y reparto de folletos publicitarios. TRAYCCO es una sociedad fundada por D. Carlos Miguel , que despliega su actividad a través de diversas sociedades que actúan a modo de delegaciones de las que también el Sr. Carlos Miguel es accionista único o mayoritario. Se trata de DIRECT SUPORT, S.L. (Madrid), SEVILLANA DEL BUZONEO, S.L. (Sevilla) y BUZONEO DEL LEVANTE, S.L. (Valencia). Según la demanda los clientes siempre contratan con TRAYCCO que desarrolla la actividad a través de sus delegaciones, según el territorio, facturando éstas a TRAYCCO.

ROGLO INVERSIONES, S.L. es una sociedad patrimonial que ostenta la propiedad de la nave de DIRECT SUPORT.

LOS ILÍCITOS.

Los demandados, atendiendo a los ilícitos que se imputan a los mismos en la demanda, son los siguientes:

1. D. Juan Ramón . Era Director Comercial y Gerente de DIRECT SUPPORT hasta el 01.04.2009 pactándose, según la demanda, su salida. Ostentaba un 15% de participación en el capital social de DIRECT SUPORT y además un 20% en ROGLO INVERSIONES, S.L. y un 10% en SEVILLANA DEL BUZONEO.

Se le imputa:

- Incumplimiento de obligaciones contractuales de no hacer competencia ( art. 1088 Cc ).
- Inducción a trabajadores, repartidores autónomos y clientes para infringir deberes básicos y para infringir deberes contractuales ( art. 14 LCD ).
- Descubrimiento, difusión y explotación de un **secreto empresarial** ( art. 13 LCD ).
- Engaño ( art. 5 LCD ).
- Denigración ( art. 9 LCD ).
- Actos contrarios a la buena fe por cambiar el régimen económico matrimonial y por desviar clientes nuevos a otras empresas estando trabajando para las actoras ( art. 4 LCD ).
- Actos contrarios a la buena fe ( art. 4 LCD ) subsidiariamente del resto de acciones.

2. D. Jose Daniel . Era trabajador de DIRECT SUPORT y mano derecha del Sr. Juan Ramón , al que siguió a POST DATA CONSULTING Y PUBLICIDAD, S.L.

Se le imputa:

- Inducción a trabajadores, repartidores autónomos y clientes para infringir deberes básicos y para infringir deberes contractuales ( art. 14 LCD ).
- Descubrimiento, difusión y explotación de un **secreto empresarial** ( art. 13 LCD ).
- Engaño ( art. 5 LCD )
- Denigración ( art. 9 LCD )
- Actos contrarios a la buena fe por desviar clientes nuevos a otras empresas estando trabajando para las actoras ( art. 4 LCD ).
- Actos contrarios a la buena fe ( art. 4 LCD ) subsidiariamente del resto de acciones.

3. GRUPO MOLINER CONSULTORES, S.A.

Se le imputa:

- Difusión y explotación de un **secreto empresarial** ( art. 13 LCD ).



- Actos contrarios a la buena fe ( art. 4 LCD ) subsidiariamente.

4. D. Antonio . Administrador único de GRUPO MOLINER.

Se le imputa:

- Explotación de un **secreto empresarial** ( art. 13 LCD ).

- Actos contrarios a la buena fe ( art. 4 LCD ) subsidiariamente.

5. POST DATA CONSULTING Y PUBLICIDAD, S.L.

Se le imputa:

- Explotación de un **secreto empresarial** ( art. 13 LCD ).

- Actos contrarios a la buena fe ( art. 4 LCD ) subsidiariamente.

6. D. Celestino . Titular de un 90% de participación en el capital social de POST DATA.

Se le imputa:

- Explotación de un **secreto empresarial** ( art. 13 LCD ).

- Actos contrarios a la buena fe ( art. 4 LCD ) subsidiariamente.

7. D<sup>a</sup> Ruth . Esposa del Sr. Celestino y administradora única de POST DATA.

Se le imputa:

- Explotación de un **secreto empresarial** ( art. 13 LCD ).

- Actos contrarios a la buena fe ( art. 4 LCD ) subsidiariamente.

HECHOS RELATIVOS A D. Juan Ramón .

Se señala en la demanda que el Sr. Juan Ramón tenía en su contrato de trabajo en DIRECT SUPORT una cláusula de no competencia. Para la que se establecía una cantidad fija al margen del sueldo (doc. 4).

Por otra parte se suscribió un Protocolo de compromisos entre socios a fin de que si el Sr. Juan Ramón decidía salir del grupo TRAYCCO no se perjudicara a D. Carlos Miguel o a sus sociedades, de manera que no actuase en el sector, no constituyese en el mismo ninguna sociedad o adquiriera participación directa o indirecta en otra sociedad y no ofrezca sus servicios a terceros en dichas actividades (docs. 7 y 8).

El demandado llegó a ostentar un 15% de participación en DIRECT SUPORT y un 10% en SEVILLANA DEL BUZONEO, participaciones que se dicen otorgadas sin contraprestación. También se le ofreció sin contraprestación una participación del 20% en el capital social de ROGLO INVERSIONES.

En 2008, el gerente de SEVILLANA DEL BUZONEO, S.L., D. Florentino , dejó la compañía con serios problemas económicos. Según la demanda, el Sr. Juan Ramón debía ser su tutor y no hizo bien su labor "tuteladora". Se deja aquí entre paréntesis el art. 4 LCD (pg. 18 de la demanda) como si esto por sí constituyera un ilícito concurrencial.

En ese mismo año el Sr. Juan Ramón pretendía salir del grupo TRAYCCO exigiendo una cantidad muy alta por sus participaciones de más de 220.000 euros. Nuevamente se deja entre paréntesis el art. 4 LCD (pg. 19 de la demanda) como si se tratase de un ilícito concurrencial.

En febrero de 2009 acordaron el Sr. Carlos Miguel y el Sr. Juan Ramón la salida de éste de DIRECT SUPORT, con fecha 01.04.2009, siendo despedido con una indemnización de 45 días.

Nuevamente la demanda relaciona hechos incluyendo entre paréntesis el art. 4 LCD al referirse a la noticia en el diario Expansión de un acuerdo entre GRUPO MOLINER y DIRECT SUPORT para buzoneo sin que lo conociera el Sr. Carlos Miguel y a que el Sr. Juan Ramón solicitó auditorías de las sociedades en las que participaba.

El 1 de abril de 2009 el Sr. Juan Ramón convocó a todo el personal manifestándoles que por haber solicitado unas auditorías será despedido y desacreditó a la Dirección y Staff de Barcelona, sobre todo a D. Carlos Miguel , induciéndoles a resolver sus contratos de trabajo con DIRECT SUPORT. Se considera este acto ilícito del artículo 14 LCD .

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2010 (doc. 19) revocó la sentencia del Juzgado de lo Social y estimó nulo el despido al entender que obedece a una represalia **empresarial** por haber solicitado auditorías.

El 29 de marzo de 2009 el Sr. Juan Ramón obligó bajo engaño a la trabajadora D<sup>a</sup> Montserrat a realizar una carta acusando al Sr. Carlos Miguel de apropiación indebida y otras irregularidades.

El 30 de marzo de 2009 el Sr. Juan Ramón fue visto en el servidor copiando archivos a un pen drive o memoria USB. Se considera este acto ilícito del artículo 13 LCD. Después añade la demanda que al menos los días 30 y 31 de marzo de 2009 accedió sin permiso a la habitación donde se ubica el servidor de DIRECT SUPPORT, cerrada con llave que guarda la citada D<sup>a</sup> Montserrat en un cajón también cerrado con llave. De los problemas informáticos se encargaba la empresa proveedora de servicios AINUR (en Madrid) o el Jefe de Informática D. Rodolfo.

El trabajador D. Camilo fue testigo de que el Sr. Juan Ramón "se pasó el día dentro del cuarto de servidores".

Se indica que el Sr. Juan Ramón se llevó información de organización, producción, gestión, estudios y proyectos y toda la información comercial y de marketing, incluyendo mapas telemétricos y materiales de planimetría (en donde constan los códigos postales, áreas y folletos que entran en cada área en función del número de buzones).

Según la demanda (pg. 24): "Estos materiales y mapas son los que el Sr. Juan Ramón necesitaba para trabajar inmediatamente en GRUPO MOLINER y después en la nueva empresa POSTDATA", para ser competitivos en el mercado sin tener que averiguar cuántos buzones hay en cada área de distrito postal. Se produjo la cesión a dichas sociedades.

También desapareció un video-proyector valorado en más de 400 euros.

Se añade que el Sr. Juan Ramón tenía acceso, por razón de su cargo, a información especialmente relevante, que no disponían los demás empleados.

Más adelante (pg. 50 de la demanda) se añade que D<sup>a</sup> Clemencia y D<sup>a</sup> Felicísima declararon ante el Juzgado de Instrucción que GRUPO MOLINER y POSTDATA tenían una copia exacta del disco duro de DIRECT SUPPORT (docs. 47 y 48).

D<sup>a</sup> Felicísima envió un email al Sr. Carlos Miguel el 13 de noviembre de 2009 en el que refiere que la empresa POSTDATA, fue creada por el Sr. Juan Ramón y por el Sr. Jose Daniel y están utilizando todos los medios de TRAYCCO y algunos de sus antiguos clientes que lograron obtener (doc. 49, pg. 51 de la demanda).

En la pg. 56 de la demanda se señala que el Sr. Juan Ramón transmitió las participaciones de DIRECT SUPPORT a su esposa en fecha 6 de mayo de 2009, al disolver su sociedad de gananciales y cambiar su régimen económico matrimonial por el de separación de bienes y se reitera que los desencuentros entre los dos socios, el Sr. Carlos Miguel y el Sr. Juan Ramón vinieron provocados por el exagerado valor económico que exigía el Sr. Juan Ramón por la venta de las participaciones. Finalmente el Sr. Carlos Miguel adquirió las participaciones a la esposa del Sr. Juan Ramón por 36.000 euros. Textualmente en la demanda se manifiesta que "quiebra la buena fe contractual que no estando incurso en un proceso de separación matrimonial, se pacte una adjudicación de las participaciones de la mercantil DIRECT SUPPORT a favor de su esposa, desconociendo a su vez quien se adjudicó las participaciones de ROGLO y SEVILLANA".

HECHOS RELATIVOS A D. Jose Daniel.

Tras ser despedido el Sr. Juan Ramón, éste y el Sr. Jose Daniel estuvieron llamando a varios clientes desprestigiando a TRAYCCO y DIREC SUPPORT manifestando que tenían problemas económicos graves y ofreciendo sus servicios en GRUPO MOLINER y POSTDATA.

El lunes 20 de abril de 2009 comunicó que no quería seguir trabajando en la empresa y solicitó el finiquito y una indemnización de 45 días.

Por ausencia injustificada desde el 13 de abril, se le impuso una sanción de 2 meses de suspensión de empleo y sueldo y se le requirió para que entregara el ordenador portátil.

El 20 de abril entregó el ordenador a través de un mensajero que mandó desde GRUPO MOLINER y el acuse de recibo se envió a dicha empresa.

Durante esos dos meses el Sr. Jose Daniel estaba con el Sr. Juan Ramón y D<sup>a</sup> Clemencia en las dependencias de GRUPO MOLINER (doc. 22, seguimiento efectuado por la empresa METODO 3, S.A.)

Se comunicó al Sr. Jose Daniel el despido disciplinario y la sentencia de despido dictada por el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid (doc. 23) rechazó el despido improcedente y admitió que el Sr. Jose Daniel trabajaba en jornada completa para GRUPO MOLINER a través de la filial POSTDATA.



En fecha 7 de julio de 2009 se realizó una copia ante notario de los dos discos duros de los ordenadores que habían estado utilizando los Sres. Juan Ramón y Jose Daniel y se entregaron a CIBEX para su análisis (doc. 24 y 25).

De dicho informe se desprende que se realizaron dos copias masivas de información, de unos 4 GB con unos 2000 documentos **empresariales** de todo tipo.

Se indica además que el Sr. Jose Daniel tenía acceso por razón de su cargo (miembro del comité operativo) a información especialmente relevante que no disponían los demás empleados.

Por último se señala (pg. 58 de la demanda) que los Sres. Juan Ramón y Jose Daniel continúan trabajando en mayo de 2010 para POSTDATA y mantienen reuniones en las dependencias de GRUPO MOLINER (doc 52, informe de METODO 3).

#### HECHOS RELATIVOS A TRABAJADORES Y PROVEEDORES.

Se sustenta el ilícito al amparo del artículo 14 LCD en el hecho de que el Sr. Juan Ramón y el Sr. Jose Daniel provocaron y/o indujeron a trabajadores y a proveedores autónomos a resolver los contratos de trabajo de gran parte del personal de la empresa DIRECT SUPPORT con una clara intencionalidad de perjudicarla y para hacer el "robo" de aquellos trabajadores más sensibles y que necesariamente le ayudarían a montar la nueva empresa POSTDATA.

Los días 14, 22 y 23 de abril de 2009 solicitaron respectivamente el despido D<sup>a</sup> Clemencia , responsable de producción y planimetría, D<sup>a</sup> Inmaculada , recepcionista, y D<sup>a</sup> Felicísima , secretaria comercial y ejecutiva de cuentas. D<sup>a</sup> Felicísima no llegó a ser contratada en GRUPO MOLINER y D<sup>a</sup> Clemencia abandonó POSTDATA-GRUPO MOLINER el 31 de julio de 2009 (pg. 50). Se añade que se pactó la "improcedencia" y que dichas trabajadoras constituían con el Sr. Juan Ramón y el Sr. Jose Daniel todo el Departamento Comercial y parte del Departamento de Producción, yéndose a trabajar a GRUPO MOLINER (pg. 35 de la demanda). En junio de 2009 se constituyó POSTDATA.

Se añade que el Sr. Juan Ramón hizo lo que se puede denominar un "robo" de los trabajadores más sensibles de la empresa (pg. 36 de la demanda).

Por último se hace referencia a otras 5 bajas:

Feliciano (04.03.2009)

Ismael (25.03.2009)

Maximiliano (15.04.2009)

Samuel (19.09.2009)

Adelina (25.09.2009)

Permanecieron en la empresa otros seis trabajadores y se contrató a una persona.

#### HECHOS RELATIVOS A D. Antonio y GRUPO MOLINER.

Los Sres. Juan Ramón y Jose Daniel , al poco tiempo de marcharse de DIRECT SUPPORT, desde GRUPO MOLINER y con el imprescindible apoyo de su administrador único, D. Antonio , comenzaron a ofrecer los servicios para la nueva empresa que posteriormente constituirían, POSTDATA, consiguiendo llamar y contactar con muchos de los clientes importantes de la empresa TRAYCCO/DIRECT SUPPORT, para lo cual todos ellos realizaron todo tipo de acciones comerciales y entrevistas personales (pg. 38 de la demanda).

Se añade que el Sr. Juan Ramón como socio de DIRECT SUPPORT estaba sometido a la cláusula de no competencia.

Se añade que los Sres. Juan Ramón y Antonio habían utilizado los recursos de DIRECT SUPPORT a favor de GRUPO MOLINER en una campaña contra MERCADONA al reducir ésta de las estanterías las marcas de sus proveedores (Doc. 27, noticia del diario Expansión).

En junio de 2009 los demandados constituyeron POSTDATA.

GRUPO MOLINER anuncia la incorporación de Juan Ramón "ocultando" que trabajó para TRAYCCO y/o DIRECT SUPPORT.

Se añade que el Sr. Jose Daniel y la Sra. Clemencia estaban con el Sr. Juan Ramón en las dependencias de GRUPO MOLINER (informe de METODO 3, doc. 30 y 30 bis).

#### CONSTITUCIÓN DE POSTDATA.



GRUPO MOLINER, en connivencia con D. Juan Ramón y D. Jose Daniel y con la cooperación necesaria de D. Antonio y D. Celestino, titulares de un 10% y un 90 % de participaciones, respectivamente, crean POSTDATA. Es administrador único el Sr. Antonio que cesa en enero de 2010, pasando a ser administradora D<sup>a</sup> Ruth, esposa del Sr. Celestino. GRUPO MOLINER es quien tiene el control efectivo de esta sociedad que aparece en la misma página web que GRUPO MOLINER y titular de la marca "POST DATA Geomárketing y Distribución" concedida para servicios de publicidad directa y buzoneo. Irrumpe así en un mercado que no era su actividad, prescindiendo de los servicios que contrataba a TRAYCCO, y que ahora realiza a través de POSTDATA.

A pesar de que figura como domicilio el del Sr. Celestino (en el que también está domiciliada una asesoría de su esposa), el real se corresponde con el de GRUPO MOLINER.

GRUPO MOLINER presta un servicio integral: crea las campañas publicitarias y efectúa el buzoneo profesional.

Se añade que el Sr. Celestino es un testaferro de GRUPO MOLINER, del Sr. Juan Ramón y del Sr. Jose Daniel.

Las cartas de clientes y repartidores confirman que el Sr. Juan Ramón es el responsable de POSTDATA (doc. 52 bis, pg. 58 de la demanda).

#### HECHOS RELATIVOS A CLIENTES.

Se imputa el ilícito del artículo 14 LCD por haber realizado el Sr. Juan Ramón y el Sr. Jose Daniel actos de inducción a clientes para la terminación de los contratos e impidiendo el buen fin de contratos ya apalabrados (pg. 91 de la demanda).

Se refiere este apartado (pg. 59 de la demanda) a que los Sres. Juan Ramón y Jose Daniel desde antes de abandonar la empresa se concertaron para desviar las cuentas de nuevos clientes a otras mercantiles, sin que se especifique a qué sociedades: "(quizás GRUPO MOLINER o POSTDATA)". Se trata en concreto de 3M (Fairy) y KRAFT (Galletas Kraft). Se mencionan distintos correos electrónicos relativos a campañas de estos productos de los cuales no se tenía conocimiento (doc. 53 y 53 bis).

Asimismo se dice que perdió TRAYCCO como cliente a EROSKI cuando las negociaciones estaban totalmente terminadas para empezar a facturar en abril de 2008. EROSKI declinó empezar el trabajo "apalabrado" como consecuencia del incumplimiento del buzoneo en la nueva apertura y porque el Sr. Jose Daniel les manifestó que TRAYCCO tenía graves problemas financieros.

#### ACTOS OBJETIVAMENTE CONTRARIOS A LA BUENA FE.

Llegados a la pg. 92 de la demanda, en relación a este tipo de ilícito se señala: "La doctrina y la jurisprudencia está dividida (sic), al entender si cabe ejercitar esta acción como "cajón de sastre" solo para aquellos casos no especificados o si también cabe aplicarlo subsidiariamente en aquellos casos en que no habiendo podido quedar totalmente demostrada (sic) los actos específicos pueden ser declarados desleales en aplicación de este artículo. Se interponen ambas acciones, en sus dos vertientes interpretativas".

Lo cierto es que los mismos hechos sirven ahora como actos de **competencia desleal** ex art. 4 LCD, según la vigente redacción de la Ley.

SEGUNDO. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil resultó desestimatoria de las pretensiones ejercitadas.

Tras rechazar la excepción de prescripción alegada por D. Juan Ramón destaca que quedó al margen del procedimiento la acción derivada del incumplimiento contractual relativa al pacto de no competencia ejercitada contra D. Juan Ramón así como la pretensión correspondiente a la modificación de su régimen económico matrimonial.

Se refiere la sentencia en primer lugar a los actos de engaño. Respecto a la misma señala que la acción se dirige únicamente contra D. Juan Ramón y D. Jose Daniel, aunque los hechos se refieren también a terceras personas y se subsumen tales comportamientos en otros tipos de conductas ilícitas, como si fuera indistinta dicha subsunción en cualquiera de los preceptos invocados, sin que se llegue a concretar qué actos se imputan a los demandados, ni a expresar el grado de causalidad que entre los comportamientos y la representación errónea de quien interviene en el mercado. Por otra parte el mayor o menor compromiso del demandado Sr. Juan Ramón en su permanencia en la sociedad no constituye la conducta típica.

Respecto a los actos de denigración se observa que coinciden con los invocados en relación a la inducción a la infracción contractual, de manera que los hechos aparecen confusos, ambiguos, duplicados o sesgados e incompletos. Las llamadas a distintas empresas no aparece invocado como hecho que sustenta el ilícito y carecen de prueba alguna, ya que no consta que los Sres. Juan Ramón y Jose Daniel se comunicasen con clientes de TRAYCCO/DIRECT. POSTDATA no se encontraba constituida en el momento en que se dice



que sucedieron los hechos y fue el deficiente servicio prestado por las demandantes lo que determinó la no renovación de los contratos.

Por lo que se refiere a la violación de **secretos** los "planos telemétricos" y "materiales de planimetría" no pueden ser calificados como **secretos** ni estaban protegidos por razonables medidas de acceso y seguridad, en cuanto todos los empleados podían acceder a los mismos. Se trata de una información accesible, generable por sencillos medios técnicos, de enorme volumen y poseída y gestionada por distintas empresas a nivel nacional y regional, lo que exige que en campañas de grandes dimensiones deba contarse con numerosas empresas de buzoneo. Incluso determinados clientes por su tamaño y recursos disponen de dicha información, facilitando la misma a las empresas de buzoneo.

Analiza la sentencia a continuación los actos de inducción a la infracción contractual, que no se consideran acreditados puesto que fue la decisión libre de los trabajadores la que puso fin a su relación ante la incertidumbre generada por un evidente enfrentamiento personal entre los directivos en Madrid y el mayor accionista de Barcelona y la ausencia de claridad en las cuentas, que el Sr. Carlos Miguel se negaba a auditar, todo lo que generó dicho clima de incertidumbre.

Por cuanto se refiere a los actos de engaño la cesación de los clientes se debió a decisiones propias y personales, derivadas de malos servicios o competidores con precios más interesantes.

Respecto a los actos contrarios a la buena fe no se considera acreditado que los Sres. Juan Ramón y Jose Daniel volcaran datos sensibles y relevantes para las demandantes el día anterior a su cese, carece de explicación instalar en un equipo un programa de copiado cuando ya existe otro que permite copia masiva de archivos y carece de verosimilitud la declaración de D<sup>a</sup> Clemencia sobre la presencia del Sr. Juan Ramón en el cuarto del servidor cuando los ordenadores periféricos no contaban con acceso restringido a determinadas carpetas o archivos o aplicaciones y no aparecían protegidos por claves o contraseñas. Reitera además lo ya expuesto sobre datos de planimetría y la ausencia antes del cese de actos de captación de clientes o utilización de medios de las actoras para ello.

Por último, los clientes que contrataron con POSTDATA son mínimos.

Rechaza la sentencia para concluir la extensión subsidiaria de los mismos hechos en que se sustentan los tipos de ilícito para constituir actos contrarios a la buena fe.

TERCERO. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR TRAYCCO y DIRECT SUPPORT.

Frente a la anterior sentencia se alza el recurso de apelación interpuesto por TRAYCCO y DIRECT SUPPORT.

El recurso se circunscribe exclusivamente a los ilícitos relativos a la inducción a trabajadores, autónomos y clientes a infringir deberes contractuales básicos y a la terminación de las relaciones, a la violación de **secretos** y, para el caso de que las anteriores acciones no prosperen, a la realización de actos contrarios a la buena fe, interesando además que no se impongan las costas de la primera instancia.

Se refiere en primer lugar el recurso a las pruebas solicitadas y practicadas. La mención a las pruebas de forma aislada carece de relevancia para sostener el recurso si no es en relación a las concretas alegaciones sobre los ilícitos en que se sustenta la demanda, por lo que debemos atender a los extremos relacionados con dichos tipos, comenzando por la alegación tercera, que se refiere a los actos de inducción a la infracción contractual y a los deberes básicos de trabajadores y repartidores autónomos.

1. Inducción a la infracción contractual y a los deberes básicos de trabajadores y repartidores autónomos.

A tal efecto se remite el recurso a las declaraciones de D<sup>a</sup> Montserrat , en relación a una carta que escribió al dictado del Sr. Juan Ramón y a la reunión que mantuvo el Sr. Juan Ramón con los trabajadores, con el fin de crear mal ambiente; y de D<sup>a</sup> Felicísima , que se sintió utilizada por el Sr. Juan Ramón para que abandonara la empresa y de D<sup>a</sup> Clemencia , que dice fue inducida a romper la relación laboral bajo engaño. El recurso acaba entremezclando hechos relacionados con otros tipos así como aludiendo a la teoría del levantamiento del velo en relación a la constitución de POSTDATA. Concluye este apartado señalando que cuando los trabajadores se fueron de DIRECT SUPPORT no existía ningún enfrentamiento entre el Sr. Carlos Miguel y el Sr. Juan Ramón que pudiera propiciar incertidumbre en los puestos de trabajo.

Respecto a los repartidores autónomos se dice que son inducidos a dejar la empresa, que se contactó con ellos y que el engaño se observa en la "forma prudente de acercarse y de influir a su favor y de forma negativa con la empresa DIRECT TRAYCCO".

En su escrito de oposición al recurso señala D. Jose Daniel que el recurso se ha formulado únicamente para tratar de diferir el pago de las costas y estamos ante una nueva demanda que reutiliza y recicla argumentos de la inicial para modificar el relato de los hechos a conveniencia de los demandantes.





Añade respecto de D. Jose Daniel que no pudo inducirse a sí mismo. Respecto a D<sup>a</sup> Clemencia, ésta fue despedida, recibiendo el ofrecimiento de GRUPO MOLINER después de su cese, sin que nadie entrase en contacto con ella hasta ese momento. D<sup>a</sup> Felicísima fue despedida y D<sup>a</sup> Montserrat, según su declaración, no conoce si otros trabajadores se marcharon de forma voluntaria o fueron despedidos. Reitera el escrito que los trabajadores fueron despedidos.

Por su parte D. Juan Ramón en su escrito de oposición al recurso destaca que los trabajadores fueron despedidos. D<sup>a</sup> Clemencia entró a trabajar en GRUPO MOLINER un mes después de su despido y declaró que había muy mal ambiente en TRAYCCO. D<sup>a</sup> Montserrat continúa trabajando para TRAYCCO. Añade que de la despedida del Sr. Juan Ramón no se desprende ninguna inducción a la infracción de deberes laborales. El Sr. Juan Ramón había solicitado una auditoría, causa del despido. Por último señala que los repartidores autónomos niegan conocer al Sr. Juan Ramón y no fueron inducidos a nada.

Valoración del Tribunal.

Hemos de advertir que, como suele ser habitual, los hechos en la demanda se exponen a modo de "bola de nieve", de manera que se van repitiendo hechos que sucesivamente se acumulan bajo distintos apartados, hasta alcanzar la demanda 125 páginas, lo que acaba introduciendo una notable confusión en cuanto a los hechos concretos que sustentan el ilícito. La Ley 3/1991, de 10 de enero, sobre **Competencia Desleal**, declara en su exposición de motivos que "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", siendo contrario a la finalidad que persigue dicho texto legal que prácticas concurrenciales incómodas puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales. De ahí que el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 18 de la Ley de **Competencia Desleal** ( artículo 32, tras la reforma operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre ) se haya de hacer encuadrando cada conducta que sea 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 el comportamiento de los demandados reúne los estrictos requisitos previstos en tales tipos. De otro modo las pretensiones están condenadas al fracaso.

También debemos señalar que por razones temporales en relación al momento de producirse los hechos en que se sustenta la demanda es de aplicación la Ley de **Competencia Desleal** en su redacción anterior a la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

El recurso viene a reproducir los mismos defectos, en cuanto ya en el primero de los apartados se acaban mezclando hechos que corresponden al tipo previsto en el artículo 14 LCD con otros que se refieren a cuestiones distintas, para convertir finalmente las alegaciones en un totum revolutum y en una especie de causa general, de manera que desde los actos de inducción se termina en la doctrina del levantamiento del velo en relación a quienes controlan POSTDATA, intentando con todo ello ofrecer una idea global de ilicitud que como técnica de atribución de ilícitos concurrenciales resulta inaceptable.

Y hemos reproducido los hechos alegados en la demanda para evitar que se alteren con ocasión del recurso los planteamientos iniciales.

En concreto la infracción relacionada con trabajadores y repartidores se sustenta en lo siguiente:

El Sr. Juan Ramón y el Sr. Jose Daniel provocaron y/o indujeron a trabajadores y a proveedores autónomos a resolver los contratos de trabajo de gran parte del personal de la empresa DIRECT SUPORT con una clara intencionalidad de perjudicarla y para hacer el "robo" de aquellos trabajadores más sensibles y que necesariamente le ayudarían a montar la nueva empresa POSTDATA.

Pues bien, el propio planteamiento de la demanda impide que pueda prosperar la pretensión al amparo de lo dispuesto en el artículo 14 LCD .

El artículo 14 de la LCD sanciona, además del aprovechamiento de la infracción contractual ajena, un comportamiento realizado en el mercado por persona que participa en él y con fines concurrenciales ( arts. 2 y 3 LCD en la redacción aplicable por razones temporales), consistente en la inducción o, lo que es lo mismo, la instigación o el hacer surgir en otro, sea un trabajador, un proveedor, un cliente o demás obligados, la resolución o determinación:

(a) de infringir alguno de los deberes contractuales básicos integrados en la relación jurídica que le liga a un competidor de quien induce o,

(b) de terminar regularmente la vigencia de ese vínculo, siempre que, en este caso, tenga la inducción por fin difundir o explotar un **secreto** industrial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.



En todos los casos se requiere la preexistencia de una relación contractual entre el competidor y el inducido, sobre la que incide el inductor. La diferencia determinante radica en el elemento finalista: en el primer caso (inducción a la infracción de deberes contractuales) el objetivo buscado es que el inducido incumpla deberes básicos derivados del contrato.

Pero si la influencia se dirige a la ruptura de una relación que admite el desistimiento unilateral o, en su defecto, cuando ese desistimiento se ajusta a las exigencias de la buena fe, no existirá el tipo contemplado por el apartado 1, porque no hay incumplimiento, sino, en su caso, inducción a la terminación regular del contrato prevista en el apartado 2, cuyo supuesto es un contrato que tiene atribuida legal o convencionalmente esa facultad de denuncia unilateral. En todo caso, en un sistema que prima la libre competencia, que potencia la pugna por la clientela y los factores de producción, y que no construye el ilícito sobre simples criterios de corrección profesional, sino de eficiencia económica, la deslealtad no viene determinada por la simple oferta para contratar, por el mero contacto con los trabajadores y clientes del competidor o por la captación de unos y otros.

Inducir a trabajadores ajenos a terminar de modo regular su relación con su anterior empleador no es desleal si lo que se pretende es beneficiarse de la pericia y capacitación profesional de los trabajadores, aunque la hubiesen obtenido en el desempeño de su anterior trabajo. Lo contrario supondría restringir la libertad de cualquiera para desempeñar su profesión allí donde le convenga. En suma, el empresario que con su oferta de empleo determina a un trabajador empleado por un tercero a terminar su relación laboral mediante dimisión para entrar a su servicio, no está cometiendo un acto de **competencia desleal** si no concurren además las circunstancias antes expuestas.

La aplicación del tipo se sustenta en el hecho mismo del cese de los trabajadores. Aquí los trabajadores son despedidos, pues es el empleador quien da lugar a la ruptura contractual.

Por otra parte la propia demanda se sustenta en el "robo" de los trabajadores, lo que se repite con cierta frecuencia, como si los trabajadores pudieran ser objeto de apropiación o estuvieran sin más obligados a permanecer en la empresa.

Dentro de la total ambigüedad de la demanda, ya destacada por la sentencia recurrida, parece aludirse al número de los trabajadores que abandonan DIRECT SUPPORT.

Se menciona en la demanda especialmente a tres de las trabajadoras, sin que se explique la especial cualificación por la que debería entenderse que provocan el desmantelamiento de la empresa (si bien es cierto que ni siquiera se analizan en concreto los requisitos del tipo, dentro de la citada ambigüedad) más cuando una de ellas es recepcionista.

Y en lo que se refiere al número de trabajadores tampoco se explica que solo se contratase un nuevo trabajador, lo que desmiente que tenga incidencia alguna este aspecto.

Y debemos añadir que el conflicto se suscita a raíz de que el Sr. Juan Ramón abandonara la empresa en abril de 2009, cuando alguno de los trabajadores abandonan la empresa con anterioridad ( Feliciano el día 04.03.2009 y D. Ismael el 25.03.2009) y otros muy posteriormente (D. Samuel el día 19.09.2009 y D<sup>a</sup> Adelina el 25.09.2009, según la demanda) lo que impide apreciar una finalidad de eliminar a DIRECT SUPPORT del mercado o de provocar su desorganización.

Por último, y a pesar de que no es esta la alegación en la que se sustenta el ilícito, dentro de la confusión que introduce la demanda, hemos de referirnos a la finalidad de explotar un **secreto empresarial**. Es evidente que debe partirse del mismo presupuesto de inducción a la terminación regular de un contrato, en este caso completada con la circunstancia expuesta para dar lugar al ilícito concurrencial. No obstante, este supuesto solo puede aquí ir referido a los empleados, sin que se alcance a comprender cuál es el **secreto** al alcance de los empleados del que pretendieran valerse los demandados, más allá de los propios contactos o conocimientos de los citados trabajadores ( STS de 29 de mayo de 2008 , entre otras).

Y dentro de la confusión generada por la demanda, de manera imprecisa se alude a un documento que D<sup>a</sup> Montserrat reconoce haber redactado y que no evidencia otra cosa que sus contradicciones, más teniendo en cuenta que continúa trabajando para la recurrente, por lo que sus manifestaciones no permiten obtener convencimiento alguno, al margen de que las antes aludidas trabajadoras fueron despedidas, que es lo que motiva la extinción de la relación laboral.

Por lo que se refiere a los repartidores autónomos la demanda no deja de sustentarse un simple título sobre el ilícito. Ahora se dice que se engañó a los mismos. Recuérdese que el fundamento del ilícito se sustentó en el "robo" de trabajadores y autónomos. Hay que señalar además que el ofrecimiento de cualquier relación comercial con los autónomos no puede constituir ilícito alguno, de manera que son libres de trabajar con quien



consideren oportuno, sin que se alegue por su parte incumplimiento alguno de deberes básicos. Todo lo demás son vaguedades sin acreditar y de las que no se desprende ningún ilícito.

El recurso pretende ahora completar esa genérica mención de la demanda y, aunque ello no pueda aceptarse, hemos de añadir que las menciones a los autónomos que se efectúan en algún email en absoluto suponen inducción a la terminación de los contratos y menos con los requisitos establecidos en el tipo. Así en el email relativo a "Autónomos" (T. I, f. 381 y 381 vuelto) que se corresponde con contactos con repartidores mantenidos por D<sup>a</sup> Clemencia cuando ésta ya había abandonado la empresa, se menciona a " Cosme " del que se dice que antes de comentarle nada, "me ha contado que acababa de salir de Traycco de comunicarles que no quería trabajar más con ellos" y que "fuese lo que fuese lo que hablásemos el jueves confiaba en el equipo". Y respecto a "Cosmin" se dice que intentó "tirarle de la lengua" para saber si le daba largas y que "Solo me ha dicho que a él, nadie le ha contado qué es exactamente lo que está pasando, observa muchos cambios pero no acaba de entender nada". Estas manifestaciones corroboran que no existe ilícito alguno por el solo hecho de contactar con autónomos.

Para concluir este aspecto debemos destacar que existía un claro enfrentamiento entre el Sr. Carlos Miguel y el Sr. Juan Ramón , que deriva de su condición de socios. Ante este enfrentamiento el Sr. Juan Ramón es despedido, dado que ostenta un cargo ejecutivo en la sociedad.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 20 de julio de 2010 declaró nulo el despido del Sr. Juan Ramón , y expresamente señala que "el cese del actor no es sino una respuesta a la solicitud de Auditoría de cuentas de las mercantiles DIRECT SUPORT, S.L. y SEVILLANA DE BUZONEO, S.L. [...] y a la interposición de una querrela criminal por presunto delito societario contra D. Carlos Miguel ". La sentencia reproduce la comunicación del despido, que se basa en la "nueva estructura organizativa" que hace innecesario su puesto, y añade que la carta de despido esgrime una aparente causa objetiva y que el reconocimiento inmediato de la improcedencia y el depósito de la indemnización no exime de ofrecer una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida adoptada y de su proporcionalidad, de manera que la reacción **empresarial** resulta lesiva para la garantía de indemnidad protegida por el artículo 24.1 de la Constitución .

Ante lo expuesto, resulta injustificable que en la demanda se manifieste, en relación al Sr. Juan Ramón , que "Se pactó su salida de la empresa motivos económicos (sic) el pasado 01/04/2009" (pg. 7).

La despedida del Sr. Juan Ramón ante los trabajadores manifestando la causa de su despido no constituye acto alguno de inducción, pues el que se pueda crear mal ambiente, por incómodo que resulte, no constituye inducción a la terminación de los contratos.

En esta situación los trabajadores se dividen tomando posición por cualquiera de las partes, incluso algunos adoptan sucesivamente posiciones contradictorias, por lo que sus manifestaciones deben valorarse cum grano salis, sin provocar convencimiento alguno si no vienen respaldadas por elementos objetivos. Es más, si los trabajadores no hubieran sido despedidos y, ante la situación de enfrentamiento, deciden optar por la empresa que más confianza les genere, ello no determina ilícito alguno, ni supone inducción a la terminación de los contratos que, por otro lado, precisa requisitos adicionales para constituir ilícito concurrencial.

## 2. Inducción a la infracción contractual de clientes.

El recurso se refiere a que se estaba negociando con EROSKI y a la "propuesta nacional" que se mandó a EROSKI, considerando que la testigo D<sup>a</sup> Marisa es de dudosa credibilidad, para finalmente introducir sus propias valoraciones. Se alude además a la relación con el Ayuntamiento de San Fernando.

Ello se mezcla con las más diversas cuestiones relativas a la réplica del disco duro, al despido de D. Jose Daniel , con la actuación contraria a la buena fe, como si los elementos del tipo fueran intercambiables, o con la relación de clientes de TRAYCCO que se dicen perdidos, prescindiendo de nuevo de los elementos del tipo en el que se sustenta el ilícito, para al final efectuar una evaluación económica de la pérdida.

En su escrito de oposición al recurso señala D. Jose Daniel , con cita de la prueba practicada, que ninguno de los clientes ratificó los hechos denunciados, ni la existencia de ningún tipo de presión para dejar TRAYCCO, ni comentario negativo.

Por su parte señala D. Juan Ramón que los actos de engaño no se concretaron en la demanda y la propia sentencia refleja que los demandantes no fijan esas conductas y se remite a los oficios que obran en autos y a las testificales practicadas.

Valoración del Tribunal.

Recordemos en primer lugar en qué se sustenta el ilícito, según la demanda:



Se imputa el ilícito del artículo 14 LCD por haber realizado el Sr. Juan Ramón y el Sr. Jose Daniel actos de inducción a clientes para la terminación de los contratos e impidiendo el buen fin de contratos ya apalabrados (pg. 91 de la demanda).

Y recordemos que a quienes en concreto se alude en la demanda es a 3M, KRAFT y EROSKI, de quien se dice que las negociaciones estaban totalmente terminadas para empezar a facturar en abril de 2008.

Pues bien, el propio planteamiento de la demanda conduce a la desestimación del motivo en que se sustenta el ilícito, ya que se prescinde por completo de los elementos del tipo para configurarlo a su modo y manera, y sobre presupuestos que han resultado además completamente desvirtuados atendiendo a la prueba practicada, a la que se refiere con extensión la sentencia recurrida, a cuya valoración nos remitimos dada su corrección.

Debemos reiterar los elementos que constituyen el tipo previsto en el artículo 14 LCD , comprensivo de dos supuestos:

(a) de infringir alguno de los deberes contractuales básicos integrados en la relación jurídica que le liga a un competidor de quien induce o,

(b) de terminar regularmente la vigencia de ese vínculo, siempre que, en este caso, tenga la inducción por fin difundir o explotar un **secreto** industrial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

Ni se pretende siquiera alegar incumplimiento contractual alguno por parte de clientes, ni consta ni se alegó, al prescindirse de los elementos del tipo, ningún elemento añadido a la "terminación regular del contrato" que realmente no es tal, sino la voluntad en cualquier caso de no contratar con las recurrentes atendiendo a los propios intereses de los clientes.

En el recurso ya solo se alude a EROSKI, de entre las empresas citadas en la demanda en este aspecto, y lo cierto es que no se acredita la existencia de una relación contractual que se hubiera roto. Otro tanto cabe señalar de KRAFT (T. VIII, ff. 330 y ss.) que expresamente manifiesta que tuvieron una reunión el 20 de febrero de 2009 con el Sr. Juan Ramón y D<sup>a</sup> Felicísima que presentaron sus servicios como empleados de TRAYCCO. No se contrató con TRAYCCO porque resultó muy caro el servicio.

Ahora se menciona también al Ayuntamiento de San Fernando, y se alude a un email de D<sup>a</sup> Felicísima (T. I, f. 380) en el lo que consta es que es dicha entidad la que manifiesta su descontento con el último reparto y que dejan a TRAYCCO, y le comenta que todo el equipo está fuera y que en un futuro podrían trabajar juntos. No se puede comprender que esto constituya inducción a la terminación de un contrato.

Los clientes son libres de decidir con quién contratan, del mismo modo que cualquier otra empresa es libre de realizar ofertas a los mismos, e incluso el hecho de que conocieran la salida de DIRECT SUPORT de determinadas personas, como los Sres. Juan Ramón y Jose Daniel , no constituye ilícito alguno al amparo de lo dispuesto en el artículo 14 LCD .

El recurso no evidencia otra cosa que la falta de sustento de la demanda, ante las inequívocas manifestaciones de los clientes.

**CUARTO. Violación de secretos empresariales.**

Se refiere el recurso a los planos telemétricos de la provincia de Madrid, que se elaboran a base del esfuerzo en recoger los datos de los buzoneos y del tiempo invertido en contar los buzones accesibles en cada manzana. Se utiliza para encajar mejor los encargos, según el tipo de publicidad, lo que permite ofrecer un precio más ajustado.

Se atribuye el descubrimiento de **secretos** a D. Juan Ramón y D. Jose Daniel . Considera el recurso que el acceso al servidor estaba restringido y añade que D. Juan Ramón estuvo encerrado en el cuarto de servidores en los días previos a su salida. Los trabajadores tenían accesos limitados en cuanto a la información.

También D. Jose Daniel copió la información comercial necesaria, entregando después su portátil.

La referida información estaba en GRUPO MOLINER.

Se atribuye la explotación de los **secretos** a los citados D. Juan Ramón y D. Jose Daniel , como titulares (presumiblemente) de las participaciones de POSTDATA, y a dicha sociedad.

Concluye el recurso refiriéndose al informe CIBEX y a la declaración del perito de dicha sociedad, D. Borja .

En su escrito de oposición D. Jose Daniel rechaza que nos encontremos ante **secretos empresariales**.

La Sra. Clemencia solo se refería a la planimetría como una labor organizativa. Algunas veces la elaboraba el cliente. La actividad de D<sup>a</sup> Clemencia en GRUPO MOLINER era buscar empresas ajenas, externas, que



conocieran la zona y les guiasen en coberturas y zonas. La persona encargada de la planimetría no es una persona especialmente formada en esos temas y todos los empleados podían acceder a los datos.

Destaca que el ordenador fue modificado cuando se encontraba en poder de la actora hasta en tres ocasiones, como se muestra en el informe de "Net Computer Forensics".

En su escrito de oposición al recurso manifiesta D. Juan Ramón que no existe el pretendido **secreto**, puesto que se trata de información accesible, puramente demográfica y no sometida a ninguna medida de accesibilidad. La sentencia puso de manifiesto que no puede estimarse acreditado que los Sres. Juan Ramón y Jose Daniel realizaran un volcado de datos sensibles y relevantes y no consta la fecha de los mismos, ni el contenido de los archivos copiados. Carece además de sentido instalar un programa de copiado cuando existe otro que permite la misma copia masiva de archivos. Los ordenadores periféricos no contaban con accesos restringidos y los datos de planimetría son facilitados por empresas que los elaboran y actualizan, como anunciantes de gran tamaño, lo que excluye su relevancia sustancial.

Por último, el escrito de oposición de POSTDATA se remite a lo expuesto en la sentencia recurrida.

Valoración del Tribunal.

Debemos recordar en primer lugar los hechos que en la demanda se relacionan con los supuestos **secretos** y su descubrimiento por los demandados Sres. Juan Ramón y Antonio, dado que el recurso ya se refiere concretamente a los planos telemétricos.

El 30 de marzo de 2009 el Sr. Juan Ramón fue visto en el servidor copiando archivos a un pen drive o memoria USB. Se considera este acto ilícito del artículo 13 LCD. Después añade la demanda que al menos los días 30 y 31 de marzo de 2009 accedió sin permiso a la habitación donde se ubica el servidor de DIRECT SUPORT, cerrada con llave que guarda la citada D<sup>a</sup> Montserrat en un cajón también cerrado con llave.

Más adelante (pg. 50 de la demanda) se añade que D<sup>a</sup> Clemencia y D<sup>a</sup> Felicísima declararon ante el Juzgado de Instrucción que GRUPO MOLINER y POSTDATA tenían una copia exacta del disco duro de DIRECT SUPORT (docs. 47 y 48).

El 20 de abril el Sr. Jose Daniel entregó el ordenador a través de un mensajero que mandó desde GRUPO MOLINER y el acuse de recibo se envió a dicha empresa.

En fecha 7 de julio de 2009 se realizó una copia ante notario de los dos discos duros de los ordenadores que habían estado utilizando los Sres. Juan Ramón y Jose Daniel y se entregaron a CIBEX para su análisis (doc. 24 y 25). De dicho informe se desprende que se realizaron dos copias masivas de información, de unos 4 GB con unos 2000 documentos **empresariales** de todo tipo.

Es preciso destacar en primer lugar que a estas alturas del procedimiento desconocemos cuales son los archivos o aplicaciones relativas a la planimetría considerada **secreto** que pudieran haber sido utilizadas por los demandados. Lo primero que debía determinarse con claridad, y no ahora - que tampoco -, sino en la demanda, es la identificación de los archivos de los que los demandados se hubieran valido. Lo que no resulta admisible es sostener el ilícito en copias en abstracto, sin conocer con exactitud el contenido.

Y sobre tales apreciaciones se añaden dos aspectos. Cuando en fecha 23 de octubre de 2009 D<sup>a</sup> Clemencia declaró ante el Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid (T. II, f. 60), al ser preguntada qué es la planimetría, contesta que su función era planificar el trabajo de la empresa, repartía el trabajo a autónomos supervisores y al almacén a través de planos. Según esto, la planimetría parece identificarse con una actividad desarrollada por D<sup>a</sup> Clemencia a través de planos, pero ni en la demanda ni en el recurso se determinan en concreto cuales eran los hipotéticos archivos que en relación a la planimetría pudieron obtener los demandados, como tampoco se pueden determinar restricciones a su acceso o en qué medida pudieron ser utilizados esos ignorados archivos o su valor competitivo.

Y más inconcreciones se observan si tenemos en cuenta el propio informe pericial aportado por la demandante (informe CYBEX, T. I, ff. 371 y ss.), en el que figura un anexo en el que se hace una relación de archivos accedidos y no consta la menor identificación de archivos relacionados con dicha actividad, ni se identifican en la demanda, ni se identifican en el recurso.

Ante tales imprecisiones el motivo del recurso debe decaer. Las manifestaciones de D<sup>a</sup> Felicísima o de D<sup>a</sup> Clemencia son insuficientes para provocar convencimiento alguno cuando no sabemos exactamente cuál es el objeto de la supuesta divulgación de **secretos**, que en el recurso se referencia a la "planimetría", al margen de las reservas que merecen las manifestaciones de los trabajadores, como ya advertimos previamente. Hemos de añadir que las posiciones de ambas ex trabajadoras de DIRECT SUPORT han venido cambiando, según su mayor o menor proximidad al Sr. Juan Ramón, hasta el punto de que D<sup>a</sup> Felicísima, que en su declaración



efectuada ante el Juzgado de Instrucción nº 47 de Madrid el mismo mes de septiembre de 2009 no manifiesta nada reprochable contra el Sr. Juan Ramón , ofrece después el 13 de noviembre de 2009 (T. II, f. 63) una versión diametralmente opuesta de los hechos para su constancia al Sr. Carlos Miguel , presidente de TRAYCCO, intentando justificar una nueva toma de posición.

No acaban aquí las observaciones que debemos realizar sobre la supuesta divulgación de **secretos**. Se nos dice que el Sr. Juan Ramón accedió al servidor de la empresa, sin que se justifique adecuadamente que para copiar los archivos de "planimetría" - archivos que desconocemos -, fuera necesario acceder al servidor. En la demanda se recogen incluso manifestaciones según las cuales el Sr. Juan Ramón se pasó el día dentro del cuarto de servidores y se dice que accedió al mismo varios días. Carece de explicación alguna que la copia de archivos requiera tan prolongado periodo de tiempo, lo que resta verosimilitud a tales manifestaciones, más cuando el propio informe CYBEX acompañado a la demanda muestra que la realización de copias requiere poco tiempo.

Es más, la copia de los discos duros a efecto de prueba se efectúa sobre dos ordenadores, según consta en acta notarial otorgada en fecha 7 de julio de 2009 (un ordenador marca SONY y otro DELL). Sin embargo el único objeto de informe fue el disco duro del ordenador DELL, que según dicho informe el cliente (TRAYCCO y DIRECT SUPPORT) manifiesta es el utilizado por el Sr. Jose Daniel . Nada figura en relación a supuestos archivos de planimetría copiados por el Sr. Juan Ramón , puesto que el disco duro del ordenador SONY no se llegó a analizar. El informe en consecuencia no refleja dato alguno sobre rastro de copias efectuadas por el Sr. Juan Ramón - de no sabemos qué archivos de planimetría -, desde su ordenador o desde el servidor, lo que tampoco se ha analizado.

Aún surgen más observaciones caben si tenemos en cuenta que en la demanda se dice que el 20 de abril de 2009 el Sr. Jose Daniel entregó su ordenador (pg. 31 apartado 56) aunque en realidad el justificante de entrega es de fecha 5 de junio de 2009 (T. I, f. 316). La copia del disco duro no se efectuó hasta el 7 de julio de 2009, tal y como refleja el acta notarial y reitera el informe CYBEX. Lo que justifica el informe como cadena de custodia se refiere a lo obtenido a partir de ese momento y el informe se extiende hasta el 19 de junio de 2009.

Según el informe, aparecen dos grabaciones en el disco duro el 20 de abril de 2009 (1016 MB y 3921 MB). Sin embargo en el informe elaborado por NET COMPUTER FORENSIC (T. VIII, ff. 390 y ss.) se destaca que la copia para CYBEX se efectuó más de un mes después de que fuera devuelto el ordenador por el Sr. Jose Daniel , y añade que no les fueron entregados a los peritos de NET los ordenadores, porque fueron destruidos, y señala su importancia para efectuar un clonado de los discos duros, que no es lo mismo que la copia del disco duro. La importancia de examinar este aspecto radica en contrastar los parámetros de la fecha y hora programada en el sistema informático. La fecha y hora que el sistema operativo estampa en los ficheros es la fecha y hora que tenga programada el reloj en tiempo real.

Por otra parte señala el citado informe NET que se accedió al disco duro el día 5 de junio de 2009 y el día 11 de junio de 2009 hasta en tres ocasiones distintas, modificándose ficheros. Estas fechas son posteriores a la devolución del equipo informático.

Y señalado lo anterior, además no queda desvirtuada la apreciación de la sentencia recurrida sobre la falta de controles de accesibilidad desde cualquier ordenador periférico.

En consecuencia, de lo expuesto no podemos considerar acreditado el "descubrimiento de **secretos**" y otros actos posteriores, referido a planos telemétricos (pgs. 51 y 56), en que se sustenta el recurso, o cualesquiera otros hipotéticos archivos.

QUINTO. Actos contrarios a la buena fe.

Hemos de destacar en relación a este aspecto que el propio planteamiento de la demanda resulta inaceptable. No es admisible que sobre la misma relación de los hechos expuestos, sin especificar en qué modo esos hechos ya no quedan amparados en los tipos mencionados sino en la cláusula general, se pretenda sin más sustentar el ilícito alegado.

Como hemos advertido, según la pg. 92 de la demanda, en relación a este tipo de ilícito se señala: "La doctrina y la jurisprudencia está dividida (sic), al entender si cabe ejercitar esta acción como "cajón de sastre" solo para aquellos casos no especificados o si también cabe aplicarlo subsidiariamente en aquellos casos en que no habiendo podido quedar totalmente demostrada (sic) los actos específicos pueden ser declarados desleales en aplicación de este artículo. Se interponen ambas acciones, en sus dos vertientes interpretativas".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha venido pronunciando de forma constante al respecto, sin lugar a duda alguna. Entre otras muchas, en su sentencia de 15 de julio de 2013 señala lo siguiente:



Conviene recordar, de forma sintética, cuál es la jurisprudencia de esta Sala sobre la aplicación del art. 5 LCD, que, en la redacción aplicable al caso (en la actualidad se corresponde con el apartado 1 del art. 4 LCD), prescribe: "se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe".

Este precepto "no formula un principio general objeto de desarrollo y concreción en los artículos siguientes de la misma Ley" ( Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, y 19/2011, de 11 de febrero ), sino que "tipifica un acto de **competencia desleal** en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de **competencia desleal** que la ley ha estimado tipificar en concreto" ( Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, 311/2007, de 23 de marzo, y 1032/2007, de 8 de octubre ). Consiguientemente, "esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular" ( Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, y 48/2012, de 21 de febrero ). Pero sin que ello pueda "servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta -la del art. 5 LCD -, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedir las" ( sentencias 635/2009, de 8 de octubre, y 720/2010, de 22 de noviembre ).

Y en cualquier caso hemos advertido además que no se acredita ninguna desviación de clientes mientras los demandados trabajaban para DIRECT SUPPORT, a la vista de la prueba practicada, como ya señaló la sentencia recurrida, hasta el punto de que no se hacen valer las pretensiones indemnizatorias inicialmente ejercitadas.

SEXTO. Costas de la primera instancia.

El último de los extremos del recurso se refiere a la condena en costas en primera instancia.

El recurso viene a introducir su propio criterio en la imposición de costas sin la menor referencia a los presupuestos de no imposición y su alcance contemplados en el artículo 394 LEC. La no imposición de costas no depende de que los demandantes sean varios o de que los demandados también lo sean. Del mismo modo, la no imposición de costas no depende del resultado de un acto de conciliación. Respecto a las "suposiciones", corresponde al actor asegurarse de los fundamentos de su demanda y, como hemos comprobado, ni siquiera ha sido necesario referirse al sustrato personal de POSTDATA al haber decaído los presupuestos de los ilícitos. Más bien lo que muestra el recurso es la necesidad de ser cauto a la hora de interponer una demanda que se acaba convirtiendo en un ilícito global contra multitud de demandados.

Por último se refiere al recurso a que la condena en costas no puede ser impuesta con carácter solidario.

En su escrito de contestación manifiesta D. Jose Daniel que la sentencia justifica la condena solidaria por la unión de fines, intereses, medios de alegación, prueba y defensa, y que la propia demanda solicitó la condena solidaria a los demandados, sin dirimir la parte de responsabilidad o participación en los actos de cada uno de los demandados, lo que se destaca también en el escrito de oposición de POSTDATA y en el de D<sup>a</sup> Ruth y D. Celestino .

A los fundamentos de la sentencia en este aspecto se remite igualmente el escrito de oposición de D. Juan Ramón .

El escrito de oposición de GRUPO MOLINER y D. Antonio destaca la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que la condena en costas ha de estimarse solidaria cuando varias personas actúan bajo una única representación y con identidad de fines y medios de alegación y prueba.

Valoración del Tribunal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene a establecer que, a falta de otra determinación en el fallo, ha de estimarse la condena en costas solidaria cuando son varios los demandantes o demandados, los recurrentes o recurridos, de manera que sigue el criterio que considera en principio la condena como solidaria.

Así la STS de 6 de junio de 2.001 sostiene que "Si el fallo de la sentencia no determina otra cosa, la condena en costas ha de estimarse solidaria cuando son varias las personas que actúan como litigantes, ya sean demandantes o demandados, recurrentes o recurridos, como ocurre en el recurso de casación antes expresado, en que lo hacen como única parte recurrente, y, además, de esta manera se garantiza mejor el cobro del crédito por parte del acreedor, y se permite a quién, como obligado al pago lo haga efectivo, acudir contra los demás en vía de regreso", y la Sentencia de 23 de septiembre de 2.002 señala que "además de haber comparecido representados con el mismo Procurador y defendidos por el mismo Letrado, las pretensiones de los mismos no pueden desarrollarse con independencia, promocionado entre sí, los actores, la identidad de



fin de las pretensiones, que es el estar destinados en común a satisfacer el interés del acreedor, supuestos en el que deja sin efecto la presunción "iuris tantum" establecida en el art. 1137 del Código civil , según lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias, entre otras, de 2 de marzo de 1981 , 15 de marzo de 1982 , 10 de junio 1984 , 13 de diciembre de 1986 , 19 de julio de 1089 y 29 julio de 2000 , que entienden que es aplicable la solidaridad tácita, cuando entre los obligados se da una comunidad jurídica de objetivos manifestándose una interna conexión entre ellos".

En el caso que nos ocupa concurre por otra parte la citada comunidad de intereses y objetivos de los litisconsortes y la íntima conexión entre ellos, al margen de que el criterio jurisprudencial expuesto aplica la regla de la solidaridad a consecuencia de la pluralidad de demandantes o demandados y recurrentes o recurridos, de manera que este mismo criterio debe aplicarse a las costas del recurso.

En atención a lo expuesto el motivo debe ser desestimado y, con ello, el recurso de apelación interpuesto.

SEPTIMO. Las costas de esta alzada deben ser impuestas a la parte recurrente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC , con el mismo carácter solidario, atendiendo a lo expuesto en fundamento precedente.

### FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por TRAYCCO PUBLICITAT, S.L. y DIRECT SUPORT, S.L. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Seis de Madrid en el proceso del que dimanar las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución, con imposición a las recurrentes, de modo solidario, de las costas derivadas del recurso.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

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