



Roj: **SAP BI 2228/2013 - ECLI:ES:APBI:2013:2228**

Id Cendoj: **48020370042013100205**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **27/02/2013**

Nº de Recurso: **628/2012**

Nº de Resolución: **114/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DE LOS REYES CASTRESANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

BIZKAIAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Sekzioa: 4ª/4.

BARROETA ALDAMAR 10-3ªplanta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016665

Fax / Faxes: 94-4016992

N.I.G. / IZO : 48.04.2-11/013478

A.p.ordinario L2 / E_A.p.ordinario L2 628/2012

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de lo Mercantil nº 2 de (Bilbao) / (Bilbo)ko 2.zk.ko Merkataritza-
arloko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 337/2011 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: SONDEOS DEL NORTE S.A.

Procurador/a/ Prokuradorea: BEGOÑA FDZ DE GAMBOA IRARAGORRI

Abogado/a / Abokatua:

Recurrido/a / Errekurritua: POZOS Y SONDEOS DEL CANTÁBRICO S.L., Nicolas y Sergio

Procurador/a / Prokuradorea: SILVIA PALACIO OREJAS, SILVIA PALACIO OREJAS y SILVIA PALACIO OREJAS

Abogado/a/ Abokatua: SANTIAGO ESPINOSA SOLAESA, SANTIAGO ESPINOSA SOLAESA y SANTIAGO
ESPINOSA SOLAESA

SENTENCIA Nº 114/2013

ILMOS. SRES.

Dña. LOURDES ARRANZ FREIJO

Dña. REYES CASTRESANA GARCIA

D. JOSE ANGEL ODRIOZOLA FERNANDEZ

En BILBAO (BIZKAIA), a veintisiete de febrero de dos mil trece.

La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de BIZKAIA, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 337/2011, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de (Bilbao) a instancia de **SONDEOS DEL NORTE S.A.**, apelante - demandante, representado por la Procuradora Sra. BEGOÑA FERNANDEZ DE GAMBOA IRARAGORRI y defendido por el Letrado Sr. ALEJANDRO PADIN contra **POZOS Y SONDEOS DEL CANTÁBRICO S.L., Nicolas y Sergio** ,



apelados - demandados, representados por la Procuradora Sra. SILVIA PALACIO OREJAS y defendidos por el Letrado Sr. SANTIAGO ESPINOSA SOLAESA,; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 4 de abril de 2012 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia de fecha 4 de abril de 2012 es del tenor siguiente:

"F A L L O

1.- ESTIMAR PARCIALMENTE LA DEMANDA formulada por la entidad **SONDEOS DEL NORTE SA**, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Begoña Fernández de Gamboa Irragorri; frente a la entidad **POZOS Y SONDEOS DEL CANTÁBRICO SL**, frente a D. Sergio y frente a D. Nicolas , representados todos ellos por la Procuradora de los Tribunales Dña. Silvia Palacio Oreja.

2.- Declarar que la referencia que los demandados realizan en la página web de Pozos y Sondeos del Cantábrico SL a que la misma acumula una experiencia desde 1.975 en el tratamiento del subsuelo; es un acto de confusión desleal.

3.- Ordenar a los demandados que cesen inmediatamente en dicha referencia, y en cualquier que realicen en el mismo sentido; prohibiendo su reiteración futura. Se impone la obligación a los demandados de que, si quieren realizar en cualquiera de sus actos de promoción, a través de la página web u otro medio conocido, una referencia a su experiencia; la misma no sea anterior a abril de 2.007.

4.- Absolver a los demandados del resto de peticiones contenidas en la demanda.

5.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancia, y las comunes, si las hubiera, por mitad."

SEGUNDO. - Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido a trámite por el Juzgado de 1ª Instancia y tramitado en legal forma han dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº **628/12** de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la mesa del Magistrado Ponente para dictar la pertinente resolución.

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

Ha sido Ponente para éste trámite la Ilma. Magistrada **D.ª REYES CASTRESANA GARCIA**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia dictada en la primera instancia estima parcialmente la demanda formulada por Sondeos del Norte SA, -constituida el 5 de junio de 1986 con el objeto social de la ejecución de sondeos y perforaciones para la búsqueda y extracción de agua así como la realización de obras de pilotaje y cimentaciones de edificaciones-, contra Pozos y Sondeos del Cantábrico SL, -constituida el 9 de octubre de 2006 por D. Sergio y D. Nicolas que son sus administradores sociales y que habían trabajado para la actora-, y contra los mencionados hermanos Sergio Nicolas , en el único sentido de declarar que la referencia que los demandados realizan en la página web de Pozos y Sondeos del Cantábrico SL a que la misma acumula una experiencia desde 1975 en el tratamiento del subsuelo, es un acto de confusión desleal, ordenando el cese inmediato en dicha referencia y en cualquiera que realicen en el mismo sentido, prohibiendo su reiteración futura, y que en sus otros actos de promoción a través de la página web u otros medios conocidos, su referencia a su experiencia no sea anterior a abril de 2007, al constituir un acto de confusión del art. 6 de la Ley de Competencia Desleal por realizarse una mención en la página web de internet a una experiencia profesional propia de la actora Sondeos el Norte SA que puede generar una asociación en los consumidores con la demandada Pozos y Sondeos del Cantábrico SL, dedicada al mismo sector, e inducirles a confusión a la hora de contratar.

Por el contrario, se rechaza que los demandados hayan incurrido en los otros actos de competencia desleal basados en comportamiento contrarios a las exigencias de la buena fe del art. 4, actos de engaño del art. 5, de confusión del art. 6, de imitación del art. 11, de explotación de la reputación ajena del art 12, de inducción a la infracción contractual del art. 14 y de violación de secretos del art 15, todos ellos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal . El mero hecho de que los demandados D. Sergio y D. Nicolas , trabajadores



de la demandante desde 1986 hasta sus despidos el 31 de marzo y el 13 de abril de 2007, constituyeran Pozos y Sondeos del Cantábrico SA el 9 de octubre de 2006, no merece el reproche que se pretende de ser contrario a las exigencias de la buena fe.

El Magistrado de lo mercantil llega a dicha conclusión partiendo de los hechos conformes, según el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia de instancia, y de los probados, según la valoración de la prueba y de las conclusiones alcanzadas en el Fundamento de Derecho Quinto, éstos relativos a: (1) Ambas empresas mantienen una actividad coincidente con dedicación importante y principal al mismo sector de actividad; (2) La demandada Pozos y Sondeos del Cantábrico SL inicia realmente su actividad y el comienzo de sus trabajos en abril de 2007, en el momento en que los dos codemandados son despedidos de la actora, aparte de las anteriores actividades preparatorias de la nueva empresa; (3) D. Sergio era empleado de la actora, si bien intervenía en negociaciones con terceros y organizaba el trabajo y a los demás empleados; (4) Los clientes comunes de ambas sociedades contrataron voluntariamente con la demandada Pozos y Sondeos el Cantábrico SL, sin que se presentara como continuadora de la actora y sin que se haya demostrado un aprovechamiento del listado de clientela de la actora Sondeos del Norte SA; (5) Tampoco se ha acreditado una indebida captación de trabajadores de la actora, D. Eusebio, D. Ignacio y D. Martín sino que, despedidos por ésta de forma improcedente, acudieron al codemandado D. Sergio de manera voluntaria, y colaboraron dos de ellos durante unos meses, finalizando posteriormente su relación laboral.

Contra la misma se ha interpuesto recurso de apelación por la demandante Sondeos del Norte SA discrepando de la fundamentación fáctica y jurídica que sirve de apoyo a los pronunciamientos que le han sido desestimados y que los impugna en su recurso, en los términos que a continuación examinamos.

SEGUNDO.-SOBRE LA FECHA EN LA QUE LA NUEVA EMPRESA POZOS Y SONDEOS DEL CANTÁBRICO SL COMIENZA SU ACTIVIDAD : A) Planteamiento: No discutido que la demandada Pozos y Sondeos del Cantábrico SL fue constituida el 9 de octubre de 2010 por los demandados D. Sergio y D. Nicolas mientras prestaban sus servicios en la actora Sondeos del Norte SA, para competir en el mismo mercado, la primera cuestión controvertida es dilucidar cuándo inició su actividad Pozos y Sondeos del Cantábrico SL, aparte de los actos preparatorios para que la nueva empresa entrara en funcionamiento inmediatamente después de la desvinculación de los hermanos Sergio Nicolas de actora, constando que los demandados fueron despedidos los días 31 de marzo y 13 de abril de 2007.

La parte apelante, disconforme con la valoración alcanzada por la sentencia de instancia que concreta el inicio de la actividad empresarial de la demandada a partir de abril de 2007, acogiendo la tesis mantenida por la parte demandada, señala que la real fecha de inicio de las actividades de Pozos y Sondeos del Cantábrico SL es anterior a abril de 2007, toda vez que mientras los demandados seguían siendo trabajadores de la actora efectuaron la captación de clientes y el seguimiento de obras para presentarse después como continuadores, aun cuando no es hasta el mes de abril de 2007 cuando Pozos y Sondeos del Cantábrico SA se da de alta en los organismos tributarios competentes e inicia formalmente su facturación.

Defiende que la mercantil codemandada comenzó a operar en el mercado con anterioridad a abril de 2007, tal y como resulta del análisis de la documentación contable de la propia demandada exhibida en el Procedimiento de Diligencias Preliminares nº 745/2009.

Del Libro-Registro de Facturas Emitidas por Pozos y Sondeos del Cantábrico SL destaca: 1.- La primera factura emitida es de 20 de abril de 2007, por lo que del escaso margen temporal transcurrido desde el despido de los hermanos Sergio Nicolas, cabe deducir que los servicios prestados por Pozos y Sondeos del Norte SA lo fueron mientras que los codemandados todavía se encontraban vinculados jurídicamente a Sondeos del Norte SA; y, 2º.- Entre los días 24 y 26 de abril de 2007 se emiten ocho facturas, de las cuales seis se corresponden con clientes de Sondeos del Norte SA, por lo que no resulta creíble que los trabajos objeto de estas facturas hayan sido realizados entre el 13 y 26 de abril.

Del Libro. Registro de Facturas Recibidas de Pozos y Sondeos del Cantábrico SL alega que: 1.- En el ejercicio de 2006 se asume el gasto de adquisición de un vehículo de transporte que dice que lo es para la realización de los trabajos; y 2º.- Hasta abril de 2007 se acometen y soportan gastos por importe elevado de 254.270,89 euros para entender que la mercantil que los soporta no se encuentra desarrollando actividad.

Concluye que mientras los demandados se encontraban vinculados laboralmente a la apelante, se dedicaron a constituir una entidad mercantil directamente competidora, dotándola de los medios con qué desarrollar su actividad, la cual se inicia vigente su vinculación laboral mediante la prestación de servicios a clientes que lo eran de la actora.

B) Desestimación de este motivo de impugnación: Estas alegaciones no se acogen, confirmándose la apreciación de la prueba que se efectúa por el Magistrado de lo mercantil.



Es reiterada la jurisprudencia que viene manifestando que la amplitud del recurso de apelación permite al Tribunal "ad quem" examinar el objeto de la "litis" con igual amplitud y potestad con la que lo hizo el juzgador "a quo" y que por lo tanto no está obligado a respetar los hechos probados por éste pues tales hechos no alcanzan la inviolabilidad de otros recursos como es el de casación. Ahora bien, el principio de inmediatez conlleva "ad initio" al respeto a la valoración probática realizada por el juzgador de instancia salvo, excepción, que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio. Prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del Juzgador por el interesado de la parte recurrente.

Y en este apartado no se aprecia equivocación alguna en la actividad valorativa llevada a cabo por el Magistrado a quo, quien efectuó un análisis de las alegaciones en las que se basaba la pretensión de ilicitud de competencia así como de la prueba practicada, sin que las precisiones o puntualizaciones extraídas del material probatorio, en las que la parte apelante hace hincapié en su recurso de apelación, sirvan para llevar a la revocación de la sentencia de instancia en este apartado.

Con carácter previo, debemos apuntar que la carga probatoria de que la nueva empresa Pozos y Sondeos del Cantábricos SL había iniciado su actividad comercial en el mercado cuando los codemandados aún prestaban sus servicios profesionales en la actora, incumbía a la parte actora, de conformidad con el art. 217 de la LEC. En el supuesto litigioso, la parte actora no ha propuesto prueba alguna de los clientes facturados por la demandada en dicha fecha para esclarecer el momento en que contrataron a la actora y cuándo se realizaron estos trabajos, que hubiera respaldado su tesis.

No basta a los efectos revocatorios de alterar la data del inicio de la actividad comercial en el mercado de la demandada la lectura interesada que efectúa la parte apelante de los Libros de Facturas Emitidas y Recibidas de la demandada durante los ejercicios 2006 y 2007, puesto que a dichas valoraciones cabe objetar que:

1.- La parte demandada ha traído a autos informe pericial emitido por la Economista-Auditora Dña. Luisa sobre estudio comparativo de beneficios y facturaciones de ambas empresas en los meses de 2006 y 2007 anteriores al cese de los codemandados-hermanos. La Perito informante concluye que no existe merma de actividad en la Delegación de Vizcaya de la empresa apelante durante los ejercicios 2006 y 2007 ni existe una caída de ventas <pág. 11 y 12 del dictamen pericial a los folios 925 y 926 de autos>, reiterando dichas afirmaciones en las conclusiones finales <pg. 38 al folio 952 de autos>. En consecuencia, no puede achacarse a los hermanos Sergio Nicolas, en el periodo que media entre la constitución de la nueva sociedad y el cese de sus vinculaciones laborales con la apelante, perjuicio alguno derivado del descenso de actividad de la apelante para la que seguían vinculados.

2.- En el mismo informe pericial se analiza en qué momento comenzó su actividad económica, informando que si bien su primer ejercicio económico se inicia el 3 de octubre de 2006, durante dicho año no existe ingreso alguno por ventas, y no será hasta el año 2007 cuando la mercantil inicia realmente su actividad, una vez solicitada el alta en el Impuesto de Actividades Económicas ante el Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Bizkaia de 19 de abril de 2007. En concreto el primer ingreso por ventas recogido en el diario del año 2007 es de fecha 24 de abril de 2007, que se corresponde con el libro registro de facturas emitidas <pg. 24 de informe al folio 938 de autos>.

3.- En lo relativo a las consideraciones de la facturación correspondiente entre los días 20 a 26 de abril de 2007 vertidas por la parte apelante, si bien D. Nicolas no cesó en su trabajo para la actora hasta el 17 de abril de 2007, debemos señalar que D. Sergio cesó con anterioridad, el 31 de marzo de 2007, por lo que en el campo de la suposición también cabría defender que dicha facturación pudo deberse a la actividad desplegada por D. Sergio una vez concluida su relación laboral con la actora.

4.- En el tema de los gastos generados a finales de 2006 y 2007 por la demandada Pozos y Sondeos del Cantábrica SL lo que no se ha probado por la apelante es que dicho gasto excede de los meros actos preparativos para poner en funcionamiento la empresa en el momento del cese de los codemandados en la empresa demandante, y que la generación de los mismos queda inexorablemente unida con la actividad comercial de la demandada.

TERCERO.- SOBRE LA CAPTACIÓN DE LA CLIENTELA:A) Enunciado : Otro motivo de impugnación sobre el que se centra la parte apelante, aparte de las discrepancias de la actividad desempeñada por D. Sergio en Sondeos del Norte SA, es la relativa a las comunicaciones remitidas por D. Sergio a los clientes de Sondeos del Norte SA, cuya copia se acompaña como documento nº 11 de la demanda <folio 114 de autos>, de cuyo tenor literal cabe extraer " *Les informamos de que el Sr. Sergio, trabajador de Sondeos del Norte SA, hasta el mes de abril de 2.007, ha finalizado un ciclo de treinta años en dicha empresa. A pesar de finalizar la actividad en dicha empresa, el Sr. Sergio en compañía de otro trabajador, ha constituido una sociedad denominada Pozos y*



Sondeos del Cantábrico, que ofrece los mismos servicios que anteriormente y le comunica que está a su entera disposición en los teléfonos... Aprovechamos la ocasión para agradecerle la confianza depositada en nosotros durante todos estos años, y animarle a que siga confiando esta vez de la mano de Pozos y Sondeos el Cantábrico SL".

Sostiene la parte apelante que constituye un acto ilegítimo de aprovechamiento por los codemandados de su reputación profesional y empresarial, creando riesgo de introducir confusión de las sociedades litigantes entre los destinatarios.

No comparte la valoración alcanzada por el Magistrado de lo mercantil de que dicha misiva fue enviada a pocos destinatarios cuyas direcciones eran conocidas de memoria, sino alega que se libraron una multiplicidad de comunicaciones remitidas por el demandado en los mismos términos, y que los datos y las direcciones los obtuvo del listado de clientes de Sondeos del Norte SL. Destaca que, en todo caso, es innegable que esas direcciones y datos de contactos de los clientes que reciben las comunicaciones los extrajo D. Sergio de la apelante, cuando además ostentaba la condición de encargado al frente de la delegación norte, dedicándose a la búsqueda de clientes, a la contratación directa con ellos y con los proveedores, y quien organizaba y dirigía el trabajo de los restantes trabajadores.

B) Rechazo de esta pretensión revocatoria: Revisando el material probatorio tampoco consideramos que la fundamentación fáctica y jurídica que realiza el Magistrado a quo en su Fundamento de Derecho Quinto <folios 1.044y 1.045> peca de errónea, inexacta, ininteligible, incompleta, incongruente o contradictoria.

1.- En primer lugar, llegamos a la conclusión que de la comunicación aportada por la parte demandante, consistente en la mencionada carta emitida por D. Sergio , en absoluto cabe afirmar que se presentara al cliente destinatario como continuadora directa de la actividad de la actora. No introduce ninguna confusión ni engaño que merezca la deslealtad en contradicción con la buena fe, y sin que olvidemos que la información dada por la demandante al cese del D. Sergio era por motivos familiares o que se había jubilado.

Tampoco cabe presumir que dicha comunicación se enviase masivamente a todos los clientes de la actora, afirmación de la parte apelante que carece de material probatorio alguno, y queda desvirtuada por el material probatorio desarrollado en autos, al que luego nos referiremos, de clientes comunes que han negando haber recibido dicha misiva. Tampoco consta en autos que dicha comunicación se produjera con anterioridad a la extinción del vínculo laboral, que en el caso de D. Sergio ocurrido el 31 de marzo de 2.007, lo que ni siquiera ha sido invocado por la parte apelante.

2.- En segundo término, en lo que se refiere al supuesto del art. 12 LCD que sanciona la explotación de la reputación ajena, -interdicción de los actos de expoliación de la posición ganada por un competidor con su esfuerzo para dotar de reputación, prestigio o buena fe a los productos o servicios con los que participa en el mercado (S. 19 de mayo de 2008)-, el argumento básico del motivo, consistente en que la demandada ha tratado de aprovecharse ilegítimamente del nombre, prestigio y reputación empresarial de la actora, se rechaza. La razón estriba en que el art. 12 LCD se refiere, igual que el 6º LCD , a las creaciones formales, signos distintivos, instrumentos o medios que lleven hasta el consumidor información sobre la actividad, las prestaciones o los establecimientos de otros participantes en el mercado (SS, entre otras, 30 de mayo y 17 de julio de 2007 ; 15 de enero de 2009 ; 23 de julio de 2010 y 3 de enero de 2011).

3.- No concurre tampoco violación de secretos del art. 13 de la Ley de Competencia Desleal por la supuesta utilización de los demandados de los listados de clientes de la apelante.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2006 considera que no pueden ser objeto de secreto empresarial aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesionales de carácter general de un sujeto, ni tampoco el conocimiento y relaciones que pueda tener con la clientela, aun cuando dichas habilidades o capacidades se hayan adquirido en el desempeño de un puesto determinado o de unas concretas funciones desarrolladas para un determinado empleador.

Tampoco determina "per se" la ilicitud el aprovechamiento de la formación profesional, información no reservada y experiencia adquirida por los trabajadores que pasan a otra empresa. Dice al respecto la Sentencia de 23 de mayo de 2007 que «Forma parte de la normalidad del mercado que las empresas traten de obtener trabajadores con experiencia, y ello tanto más en el inicio de su actividad empresarial, lo que normalmente supone que dichos trabajadores dejen de formar parte de la plantilla de otra, y no es maniobra desleal que la captación tenga lugar mediante el ofrecimiento de mejores condiciones económicas y/o laborales y/o personales. Por lo demás, la experiencia del trabajador, y la aportación que pueda suponer, no es patrimonio de la empresa, con independencia de que se aproveche de la misma, y se vea perjudicado por la marcha del empleado, pero, de ello, no cabe deducir que con la oferta de mejora, sea concreta o abstracta, se esté tratando de hundir al competidor. Entenderlo de otro modo afectaría a la libertad de trabajo y libertad de empresa (arts.



35.1 y 38 CE) y autonomía de la libertad». En el mismo sentido sobre aprovechamiento de la experiencia y conocimientos anteriores Sentencias de 25 de febrero de 2009 y 16 de junio de 2009 .

4.- Por último, la parte demandada ha desarrollado amplia prueba en el sentido de que 47 de los 53 clientes comunes, han firmado una carta por la que niegan que fueran engaños por los codemandados, simulándose continuadores de la actora Sondeos del Norte SA, que la empresa Pozos y Sondeos del Cantábrico SL en ningún momento se ha presentado como continuadora de nadie, que D. Sergio les informó de que había creado otra empresa, que no habían recibido carta alguna y explicaban el mecanismo por el que había contactado con el Sr. Sergio <doc. nº 20 de la contestación a los folio 764 a 809 de autos de autos>.

En dichos documentos certifican que su contratación con la empresa demandada fue voluntaria y consciente, que nunca contrataron creyendo que era la continuadora de la actora, que nunca D. Sergio le indujo a creer tal cosa, sino que les explicó que nada tenía que ver con la actora, que su voluntad era precisamente contratar a D. Sergio y que nunca recibieron carta de ninguna clase.

5.- La captación de la clientela es una conducta concurrencialmente lícita, salvo que los medios empleados revelen confusión, engaño, denigración, comparación, imitación, aprovechamiento de fama ajena y/o explotación de secreto. Debe tenerse en consideración que la actora Sondeos del Norte SA no tiene ningún derecho de exclusividad sobre sus clientes, porque precisamente el principio de libertad de competencia implica que todo cliente o consumidor puede recibir ofertas de productos, servicios o prestaciones de cualquier empresa y aceptar libremente aquélla que mejor le convenga.

Asimismo, la mera captación de la clientela no es suficiente para determinar una aplicación de la cláusula general del art. 5º LCD . Señala la Sentencia de 3 de julio de 2008 que "la clientela supone para las empresas un importante valor económico, pero nadie puede invocar ningún título respecto de la misma, ni pretender una efectiva fidelización, por lo que nada obsta a su captación por otras empresas cuando ello tiene lugar de modo normal o por medios lícitos". En el mismo sentido manifiesta la Sentencia de 8 de junio de 2009 que, "si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho de empresario a la misma, por lo que cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatar la clientela al competidor. Y ello tiene pleno apoyo constitucional (art. 35 y 38 CE) en la libre iniciativa económica y libertad de empresa, que caracterizan el sistema de economía de mercado". Sin embargo, el mecanismo por el que se atrae la clientela ajena ha de ser correcto, por medios que no distorsionen los buenos usos y prácticas del mercado (S. 8 de junio de 2009). La jurisprudencia resalta que la atracción o captación de la clientela ajena no ha de efectuarse de forma incorrecta o irregular, con alteración de la estructura competitiva o el normal funcionamiento del mercado (S. 24 de noviembre de 2006 y 8 de octubre de 2007). Por lo general, la ilegalidad o ilicitud se ha apreciado cuando la captación se produjo con anterioridad a la extinción del vínculo laboral. En tal sentido cabe citar las Sentencias de 19 de abril de 2002 ; 3 de julio de 2006 ; 24 de noviembre de 2006 ; 3 de julio de 2008 ; 8 de junio de 2009 ; 16 de junio de 2009 y 1 de junio de 2010 ".

CUARTO.- SOBRE LA PRESENTACIÓN PÚBLICA DE POZOS Y SONDEOS DEL CANTÁBRICO SL:A).-

Planteamiento.- Comencemos puntualizando que la parte demandada no ha recurrido la estimación de la acción declarativa de deslealtad, de cesación, de prohibición de reiteración futura y de rectificación de información al público de Pozos y Sondeos del Cantábrico SA través de la página web sobre la información inexacta que omite la verdadera fecha de inicio de las actividades de la nueva empresa demandada, dando lugar a un riesgo de confusión y/ asociación entre ambas empresas del art. 6 de la Ley de la Competencia Desleal .

Sin embargo la parte apelante interesa que se extienda dicha calificación al resto de menciones que figuran en la página web de la mercantil demandada porque, además de ser radicalmente falsas, introducen un factor de confusión entre las dos sociedades, pero sin embargo no precisa cuáles son esas concretas "menciones".

B).- Desestimación de esta pretensión revocatoria.- La sentencia de primera instancia declara como actos de confusión del art. 6 de la Ley de Competencia Desleal publicitarse en la página internet con una antigüedad superior a la del comienzo de su actividad, que se fija en abril de 2007.

Aparte de la mención sobre la antigüedad de la empresa en el sector que no data del año 1.975 sino de 2007, calificada de acto de competencia desleal, que se refiere el apartado d) del Punto 2º de su suplico de la demanda, no compartimos la tesis vertida por la parte apelante de que de la lectura de la pagina web cabe considerar cometidos otros actos de competencia desleal por los hermanos Sergio Nicolas , ni por ende que constituyan actos de aprovecharse ilegítimamente el nombre, prestigio y reputación empresarial ni de confusión, engaño ni imitación atendiendo a que dicha publicación aparece como continuadora de la actividad de la actora. Por lo que decae el cese de campaña pública a que se refieren los otros apartados a), b), c) y e) del punto 2º del suplico de la demanda.

**QUINTO.- SOBRE LA CAPTACIÓN DE TRABAJADORES PROCEDENTES DE SONDEOS DEL NORTE SA:**

A) Enunciado.- La parte apelante se limita a decir que ha quedado debidamente acreditado el trasvase de los trabajadores D. Eusebio , D. Martin y D. Ignacio , desde Sondeos del Norte SA a Pozos y Sondeos el Cantábrico SL, cuyos dos primeros testigos propuestas fueron objeto de tacha por la actora atendiendo a su animadversión por ser despidos.

B) No acogemos estas alegaciones : Basta decir en fundamento de su rechazo que la apelación de la parte demandada, de que los mencionados trabajadores fueron seducidos por los demandados, quienes forzaron la salida de los mismos de la actora para trabajar en la empresa de los hermanos Sergio Nicolas , está ausente de prueba objetiva alguna que advere dicho postulado simplemente vertido por la parte apelante, que queda desvirtuado por el material probatorio traída en autos por la parte demandada respecto de D. Eusebio <doc. nº 18 de la contestación a los folios 751 a 753>.

El que hubiera un trabajador de la actora que tuviera una oferta para abandonar Sondeos del Norte SA, aún de ser cierta tal conducta, no constituye ninguna infracción sancionable, ya que no se ha demostrado que el empleado de la actora incumpliera con sus obligaciones establecidas por la legislación laboral, no existiendo a favor de la actora ningún derecho reconocido a exigir la continuación de cualesquiera relación laboral.

SEXTO.- SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS CONDUCTAS REALIZADAS POR LOS DEMANDADOS:

A) Enunciado: La parte invoca la vulneración del principio general de buena fe en el mercado a que se refiere el art. 4.1 de la Ley de Competencia Desleal , en el sentido de que el comportamiento desarrollado por los demandados, constituyendo una sociedad mercantil con idéntico objeto social a la de Sondeos el Norte SA, directa competidora en el mercado, cuando todavía se encontraban vinculados laboralmente con la actora, merece ya de por sí la calificación de desleal por contraria a la más elemental buena fe. El mero hecho de crear una empresa competidora de su empleadora, mientras subsiste la relación jurídica de carácter laboral es suficiente para declarar la deslealtad del comportamiento desarrollado por los demandados D. Sergio y D. Nicolas .

En este motivo de impugnación la parte apelante entiende que hay distintos comportamientos que califica de ilegítimos desarrollados por los codemandados y son susceptibles de ser encuadrados en algunos de los tipos concretos de actos de competencia desleal previstos en los arts. 5 y ss de la Ley de Competencia Desleal , lo que ya ha sido analizado y desestimado con anterioridad en esta misma resolución.

B).- Desestimación del motivo de impugnación.- Como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2.011 , que aborda el tema de la competencia desleal en trabajadores que dejan la empresa en la que trabajaban y pasan a hacerlo en otra con la misma actividad comercial, es doctrina de esa Sala que pasar a trabajar para una empresa de la competencia, aprovechar la información no confidencial en la actividad negocial, y la captación de la clientela no son "per se" -sin más- conductas desleales."

La temática de que se trata exige que la consideración general de la buena fe objetiva como acomodación al "imperativo ético que la conciencia social exige" deba ponerse en relación (e incluso subordinarse) con el principio de protección que los derechos constitucionales de libertad de empresa (art. 38 CE) y de derecho al trabajo (art. 35 CE) (SS. 24 de noviembre de 2006 y 4 de marzo de 2007).

En sintonía con dicha doctrina la jurisprudencia tiene declarado que los hechos consistentes en la mera contratación de trabajadores o de personas que realizan funciones técnicas o directivas en una empresa por otra de semejante actividad para desarrollar la misma o similar función, o el abandono por un trabajador o grupo de ellos de una empresa para constituir o integrarse en otra del mismo tráfico económico, no es suficiente para apreciar la existencia del ilícito competencial del art. 5º LCD , ni siquiera cuando se aprovecha la experiencia personal y profesional adquirida por la dedicación a igual actividad industrial o comercial. Prevalen en tales casos la libertad de trabajo y libre iniciativa y de desarrollo de la actividad económica. En tal sentido las Sentencias de 3 de julio de 2008 , 25 de febrero de 2009 y 8 de junio de 2009 . Y en su aplicación cabe citar las Sentencias de 11 de octubre y 29 de octubre de 1999 y 28 de septiembre de 2005 , con arreglo a las que "no cabe impedir que un empleado deje el trabajo y desarrolle una actividad semejante para la que precisamente estaba profesionalmente preparado"; 1 de abril de 2002 (que se refiere a un supuesto de unos empleados que abandonan la empresa y pasan a constituir otra dedicada a la misma actividad); 14 de marzo de 2007 (no se puede impedir que se constituya una sociedad que tenga una actividad coincidente con otra); 23 de mayo de 2007 (la mera captación y trasvase de trabajadores de una empresa a otra que se funda o ya en funcionamiento con la misma actividad industrial y/o comercial no es suficiente para generar un ilícito de competencia); 8 de junio de 2009 y 1 de junio de 2010 (no hay ilicitud cuando un socio o trabajador que se marcha y en el ejercicio de su libre iniciativa empresarial constituye otra empresa). Para que quepa apreciar el ilícito de competencia desleal es preciso que concurren otras circunstancias típicas o que supongan abuso de la competencia, es decir, deslealtad en el sentido de contradicción de la buena fe objetiva en su perspectiva



de mecanismo de ordenación y control de las conductas del mercado (S. 23 de mayo de 2007), como ocurre con un aprovechamiento torticero de la información o de la clientela (S. 8 de junio de 2009), o cuando la constitución de la nueva sociedad para competir en el mismo mercado y con similar producto, además de actos preparatorios para que la nueva empresa entrara en funcionamiento inmediatamente de desvincularse de quien les daba trabajo, tuvieron lugar mientras se prestaban servicios retribuidos en la entidad demandante (S. 11 de febrero de 2011).

Las sentencias citadas del contrario, SSTs de 14 de junio de 2003 y 3 de julio de 2006 no son aplicables a este supuesto examinado, ya que se tratan de supuestos de constitución de un negocio mercantil idéntico al de la empresa para la que trabajaban, pero que pusieron en marcha mientras estaba subsistente su relación laboral. Mientras que en este caso los demandados trabajadores de la actora, sin pacto de no concurrencia, cesan en la empresa actora y constituyen una sociedad de similar objeto social, cuya actividad comercial se inicia una vez cesado su vinculación laboral. Por el contrario, cabe citar la STS de 28 de septiembre de 2005 y la de 24 de noviembre de 2006, al referirse a la constitución de un negocio mercantil idéntico al de la empresa para la que trabajaban y que pusieron en marcha, por lo tanto, sin iniciar la actividad comercial y empresarial, mientras estaba subsistente su relación laboral.

SÉPTIMO.- PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA.- A) Postulación.- Peticiona la parte apelante, que no discutido el hecho de que las menciones contenidas en la página web de la demandada constituyen conductas constitutivas de actos de competencia desleal, reproduce en esta alzada la publicidad del fallo de la sentencia teniendo en cuenta que las referencias contenidas en la página web han permanecido publicada en el portal de Pozos y Sondeos del Cantábrico SL desde marzo de 2.010, invocando que es preciso para la eficacia práctica del fallo, esto es, que es indispensable la publicidad de los pronunciamientos declarativos y de condena mencionados.

B).- Rechazo de este motivo del recurso.- Confirmamos el pronunciamiento contenida en la sentencia recurrida que descarta la publicación de la sentencia en periódico alguno, dado que la conducta desleal es de mucho menos intensidad que la petitionada y no se aprecia una trascendencia pública que precise dicha corrección.

El art. 32.2 de la Ley de Competencia Desleal, en su texto procedente de la reforma operada por Ley 29/2009, establece que "(e) las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1 a 4, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora". Se trata de un derecho del demandante que debe responder a la finalidad de, en la medida de lo posible, contribuir a restablecer la situación de la empresa perjudicada, deshaciendo posibles equívocos del público destinatario de los bienes o servicios y poniendo además en conocimiento del mercado (resto de empresarios y clientes) quién ha merecido la reprobación judicial por vulnerar el derecho ajeno. Es una medida que tradicionalmente se ha situado a caballo entre el ámbito de la acción de remoción que persiguiese eliminar el estado de cosas creado por la vulneración del derecho que motivó la acción judicial y el del resarcimiento al titular del derecho infringido (aunque tras la reforma por Ley 29/2009 parece situarse más cerca de la primera de dichas finalidades). Es importante que el grado de publicidad exigido deba ajustarse al criterio de la buena fe (artículo 7 del C Civil), a fin de no incurrir en una desproporción entre la entidad de la infracción y el tenor del medio empleado para hacer desaparecer o compensar sus efectos.

Se considera procedente no acceder a dicha petición dado que la finalidad de dicha acción de difusión responde al resarcimiento de la mala imagen que se hubiere podido causar a la entidad demandante y paliar los efectos perniciosos generados por las conductas infractoras, lo que no ha ocurrido en el presente caso. Es innecesario acordar la publicación del pronunciamiento declarativo de ilicitud de la conducta en la prensa escrita.

OCTAVO.- COSTAS PROCESALES.- Puesto que en el caso examinado no concurren las circunstancias necesarias para apreciar el ilícito competencial alegado por la recurrente, -pues no se produce por el mero hecho de dejar la empresa en que se trabaja y constituir una nueva empresa en la misma actividad comercial que comienza su actividad cuando cesa en su trabajo, ni se aprecia nada irregular en la captación de la clientela, ni ningún aprovechamiento comercial o industrial, ni de ningún secreto, ni dato confidencial o reservado que haya podido servir de información privilegiada para la captación, pues no basta el mero conocimiento de la clientela, ni actos de engaño ni imitación, salvo el de confusión referente a la publicidad en internet sobre la fecha de antigüedad, ni explotación de reputación ajena ni inducción a la infracción contractual-, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de instancia, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante, en virtud del art. 398-1º de la LEC .



NOVENO -. La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por **SONDEOS DEL NORTE SA**, representada por la Procuradora Dña. Begoña Fernández de Gamboa Irarragorri, contra la sentencia dictada el 4 de abril de 2.012 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao , en los autos de Procedimiento Ordinario nº 33711, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma** , con expresa imposición de ls costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.

Transfírase el depósito por el Secretario Judicial del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS, **si se acredita interés casacional** . El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4704 0000 00 0628 12. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente el día 5 de marzo de 2013, de lo que yo la Secretario Judicial certifico.