



Roj: **SAP M 9307/2015 - ECLI:ES:APM:2015:9307**

Id Cendoj: **28079370282015100142**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **04/05/2015**

Nº de Recurso: **317/2013**

Nº de Resolución: **128/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso de Apelación 317/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 582/2010

apelante/apelado: ALTRAN TECNOLOGIA E INNOVACION, S.L.

PROCURADOR: Dña. MARIA DEL PILAR RICO CADENAS

letrado: d. Jordi sánchez sánchez-crespo

Apelante/apelado: ALCATEL LUCENT ESPAÑA SA

PROCURADOR D./Dña. PILAR IRIBARREN CAVALLE

LETRADO: D. EDUARDO CASTILLO SAN MARTIN

APELADO/ IMPUGNANTE: TELENium TECNOLOGIA Y SERVICIOS SL

PROCURADOR D./Dña. MANUEL LANCHARES PERLADO

LETRADO: D. PEDRO CALLOL/ DÑA. NURIA CARMENA JIMENEZ

SENTENCIA Nº 128/2015

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

En Madrid, a 4 de mayo de 2015.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ÁNGEL GALGO PECO, Don GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ y Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 317/13 interpuesto contra la Sentencia de fecha 22 de octubre de 2012 dictada en el Procedimiento Ordinario número 582/10 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 10 de Madrid .

Han sido partes en el proceso, como apelantes las mercantiles demandadas ALCATEL-LUCENT ESPAÑA, S.A , y ALTRAN TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN, S.L. , y como apelada e impugnante la Mercantil demandante TELENium TECNOLOGIA Y SERVICIOS , S.L. (Telenium) todas ellas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 16 de noviembre de 2010 por la representación de TELENÍUM TECNOLOGIA Y SERVICIOS, S.L. (Telenium) contra la mercantil ALTRAN TECNOLOGIA E INNOVACIÓN, S.L. (Altran) y la mercantil ALCATEL LUCENT ESPAÑA S.A. (Alcatel), en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que

"... se dicte en su día sentencia por la que, estimando todos los pedimentos de nuestra demanda y al amparo de lo dispuesto en los artículos 18.1º, 2º y 5º de la LCD, 1.1 y 2 de la LDC :

1. Se declare la deslealtad de las conductas descritas en sede de hechos y perpetradas por ambas codemandadas, por ser éstas constitutivas de la conducta tipificada en el artículo 14.2 de la LCD. Asimismo, se declare la deslealtad de las conductas descritas en sede de hechos y perpetradas por ambas codemandadas, por ser éstas constitutivas de la conducta tipificada en el artículo 16 de la LCD. Subsidiariamente, para el caso de que el Juzgado al que respetuosamente nos dirigimos entienda que las conductas llevadas a cabo por las codemandadas no pueden incardinarse en las conductas tipificadas en los artículos 14.2 y 16 de la LCD, se declare la deslealtad de las conductas realizadas por ambas codemandadas, por ser las mismas constitutivas de la conducta tipificada en el artículo 5 de la LCD.

2. Se ordene a ambas codemandadas que cesen de realizar las conductas desleales descritas en el cuerpo de esta demanda y previstas en los artículos 14.2 y 16 y 5 de la LCD.

3. Se declaren contrarias al Derecho de la Competencia, sobre la base de lo dispuesto en los artículo 1 y 2 de la LDC, las conductas llevadas a cabo por las codemandadas y descritas en sede de hechos.

4. Se ordene a ambas codemandadas que cesen de realizar dichas conductas contrarias al Derecho de la Competencia.

5. Se declare también la responsabilidad de las empresas del grupo que controlan Alcatel, de conformidad con lo ordenado por el artículo 61 LCD.

6. Se condene a ambas codemandadas al pago de la suma de UN MILLO QUINIENTOS VEINTITRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO (1.533.445) Euros, cantidad a la que ascienden los daños y perjuicios ocasionados por dichas mercantiles a mi mandante, de conformidad con el informe pericial aportado como Documento 35, como consecuencia de haber perpetrado las conductas descritas en esta demanda, y tipificadas en el artículo 14.2 de la LCD, y, subsidiariamente en el artículo 5 del mismo texto legal.

7. Se condene solidariamente a ambas codemandadas a abonar a mi principal la cantidad que resulte en concepto de intereses legales devengados desde la fecha de interposición de esta demanda y hasta la fecha de desembolso por las demandadas del principal de UN MILLON QUINIENTOS VEINTITRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO (1.523.4555) Euros a que asciende la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados de mi patrocinada.

8. Y, todo ello con expresa imposición de costas a ambas codemandadas."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 10 de Madrid dictó sentencia con fecha 22 de octubre de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor :

"ESTIMAR parcialmente la demanda interpuesta por la entidad TELENÍUM contra la entidad ALCATEL LUCENT y contra la entidad ALTRAN, declarando la deslealtad de las conductas realizadas por ambas codemandadas por ser las mismas constitutivas de la conducta tipificada en el artículo 5 de la ley de competencia desleal conforme a lo fundamentado en la presente sentencia, condenando a las dos demandadas citadas e que abonen por el concepto de lucro cesante a la demandante TELENÍUM LA CANTIDAD DE 696.393,5 euros, más los intereses legales correspondientes a partir de la presente Sentencia. Sin hacer condena de las Costas causadas en esta Primera Instancia."

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por las representaciones de las mercantiles demandadas se interpusieron recursos de apelación, impugnando también dicha resolución la mercantil demandante; admitidos dichos recursos por el Juzgado y tramitados en legal forma, han dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. La sesión de deliberación se celebró en fecha 30 de abril de 2015.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Constituyen precedentes de conveniente mención para la adecuada comprensión de las claves del litigio, y en definitiva del presente recurso, los siguientes:

1.- La mercantil TELENÍUM TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.L. (en adelante, TELENÍUM), empresa española dedicada a la ingeniería e integración de sistemas y a la consultoría tecnológica y de negocio, venía prestando para ALCATEL LUCENT ESPAÑA S.A. (en adelante, ALCATEL) servicios relacionados con las plataformas tecnológicas IPTV, servicios que atendía, siempre a requerimiento de ALCATEL y en virtud de las reglas contenidas en dos contratos marco celebrados en 2006 y 2008, por el sistema consistente en destacar en las instalaciones de esta última empresa a 13 de los técnicos con los que contaba en su plantilla, ascendiendo esta en el año 2009 a 128 técnicos. Los servicios de la expresada naturaleza no eran prestados exclusivamente por TELENÍUM sino que ALCATEL servía simultáneamente de otros proveedores (AUBAY, ISALIA, AXPE, OESIA, HOWARD, QUALITY OBJETS, ARCITEL, NOVA, NOTIO, DEVOTEAM Y TCM) para el mismo fin.

2.- En un momento determinado ALCATEL decide poner en marcha un proceso de racionalización de costes y de servicios que consistiría en eliminar ese alto grado de atomización entre sus proveedores y pasar a contar con un proveedor único de servicios IPTV. A tal efecto presentó diversas "peticiones de oferta" ("Request for proposal", en adelante RFPs) en las que, entre otras cosas, ponía de relieve su interés por contar con un único proveedor de nacionalidad india que contase con un colaborador asociado radicado en España. Consta que TELENÍUM acudió a esas RFPs en dos ocasiones y con sendos proyectos en consonancia con las empresas de nacionalidad india TECH MAHINDRA y WIPRO, en ambas ocasiones sin éxito, de manera que ALCATEL acabó optando por conceder ese contrato único a la empresa india WIPRO que contaría como asociado de nacionalidad española con la empresa ALTRAN TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN S.L. (en adelante, ALTRAN).

3.- En ese estado de cosas TELENÍUM recibe el 18 de noviembre de 2009 una misiva de ALCATEL por la que, con el preaviso contractualmente establecido, esta última decide resolver el contrato marco de 2006, lo que significaba que TELENÍUM dejaría de prestarle los servicios amparados por el mismo ("Test", "STB development", "Flash", "STB integration", "C interface", "HTML" y "DESARROLLO BBDD") sin bien no se descartaba el encargo de servicios amparados en el otro contrato marco -el de 2008-, servicios que TELENÍUM continuó prestando mediante dos de sus técnicos hasta el año 2011.

4.- Después de acaecidos estos hechos, ALTRAN toma la iniciativa de ofertar trabajo a los 13 técnicos de TELENÍUM que habían venido prestando servicios IPTV en ALCATEL, y consta que 11 de esos técnicos aceptaron el ofrecimiento abandonando TELENÍUM y pasando a integrarse en la plantilla de ALTRAN.

5.- En vista de las circunstancias descritas, TELENÍUM interpone demanda contra ALCATEL y ALTRAN en ejercicio de diversas acciones - declarativa, cesatoria e indemnizatoria- fundadas tanto en la vulneración de la Ley de Competencia Desleal como de la Ley de Defensa de la Competencia. En cuanto a la primera de ellas, invocó la comisión por parte de las demandadas de un ilícito de inducción a la terminación regular de contratos del Art. 14-2 L.C.D. y de otro ilícito de explotación de situación de dependencia del Art. 16-2 y, con carácter subsidiario (así se indicó en la súplica de la demanda), de un ilícito concurrencial del Art. 4 L.C.D. (en la demanda se dice por error Art. 5) en tanto que conducta contraria al principio general de la buena fe concurrencial que dicha cláusula general proclama. En relación con la Ley de Defensa de la Competencia, se invocó la comisión de un comportamiento colusorio proscrito por su Art. 1 y de un acto de abuso de posición dominante de su Art. 2.

5.- La sentencia de primera instancia no apreció el ilícito del Art. 16-2 de la Ley de Competencia Desleal ni los previstos en los Arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Aun cuando en su desarrollo argumental todo parecía indicar que se iba a apreciar la comisión del ilícito concurrencial del Art. 14-2 L.C.D., sin embargo, finalmente solo se contiene en el fallo un pronunciamiento declarativo relativo a la infracción del Art. 5 (quiere decir 4) de la misma ley, y ello a pesar de que en el Fundamento de Derecho Séptimo se había razonado que lo apreciable era un ilícito del Art. 5 (sic) "...en relación con el 14.2". En consecuencia, la demanda fue parcialmente estimada mediante un pronunciamiento declarativo y otro indemnizatorio de cuantía inferior a la que había sido solicitada en la demanda.

6.- Disconformes con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alzan ALCATEL y ALTRAN a través de sendos recursos de apelación. Igualmente se alzó contra la sentencia TELENÍUM al impugnarla con ocasión de los recursos de aquellas, y ello con un doble objeto: 1.- Que, caso de prosperar los recursos de apelación con base en la inexistencia del ilícito del Art. 4 de la Ley de Competencia Desleal, se aprecie la concurrencia del ilícito del Art. 14-2; 2.- Que se aprecie en todo caso la concurrencia de un comportamiento colusorio proscrito por el Art.1 y de la Ley de Defensa de la Competencia.

Como consecuencia de ello, ha quedado apartada de esta segunda instancia toda controversia sobre la concurrencia del ilícito del Art. 16-2 de la Ley de Competencia Desleal y sobre la comisión de un ilícito de abuso de posición dominante del Art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia.



SEGUNDO.- Cláusula General (Art. 4 L.C.D .).-

Constituye ya un lugar común en litigios como el presente comenzar por reseñar cuál es la naturaleza que de modo reiterado ha venido atribuyendo la jurisprudencia al ilícito del Art. 4 LCD ("Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe"). Y ello en el sentido de que 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).

Aunque tanto la sentencia apelada como la demandante TELENium dicen conocer y asumir dicha doctrina, no nos parece que sus planteamientos hayan sido consecuentes con ella. Si, como sucede en el caso, las conductas que la demandante describe encajan en principio -o se pretende que encajen- dentro de la descripción y de los requisitos que el Art. 14-2 exige para elevar al rango de ilícito concurrencial a la conducta consistente en la captación de trabajadores de un competidor, no cabe sostener, como lo hace TELENium, que, si se encuentra ausente alguno de los presupuestos necesarios para apreciar la comisión de tal ilícito, pueda no obstante apreciarse que la conducta, aunque dotada de un grado de reprochabilidad cuantitativamente inferior, es susceptible de represión a través del Art. 4 sobre la base de que mediante ella también se ha conculcado de algún modo el principio de competencia por mérito de las propias prestaciones. Y ello es así porque, al contemplar y describir un tipo específico de conducta como merecedor de reproche concurrencial, el legislador ya ha establecido cuáles son los requisitos exigibles para que pueda considerarse que ese comportamiento violenta el referido principio, de tal suerte que si falta alguno de ellos, la pretensión de incardinar la conducta en el ámbito del Art. 4 supone incurrir en la práctica -que el Alto Tribunal proscribiera- de convertir la cláusula general que el precepto contiene en un ámbito de "antijuricidad degradada".

En el caso que nos ocupa, si se llegase a la conclusión de que la inducción a la terminación regular de los contratos de trabajo no resulta incardinable en el Art. 14-2 porque se encuentra ausente tanto la intención de eliminar al competidor como la de explotar un secreto industrial de este, no cabría acudir a la cláusula del Art. 4 para argumentar que el principio de competencia por mérito ha resultado violentado merced al aprovechamiento de las habilidades o capacidades adquiridas por los trabajadores en su anterior empresa por la sencilla razón de que, para elevar la inducción a la categoría de ilícito, el legislador ha querido que la distorsión del principio de competencia por mérito que esta conducta produzca sea una distorsión particularmente grave caracterizada por la concurrencia de la intención de explotar, no cualquier clase de bien intangible (como pudiera ser el representado por esas capacidades o habilidades de los trabajadores), sino un intangible de mayor importancia económica como lo es aquel que al que quepa categorizar como "secreto empresarial". No en vano resulta ciertamente recurrente en el ámbito jurisprudencial, hasta el punto de haberse convertido ya en cierto modo en una cláusula de estilo (por todas, S.T.S. de 29 de mayo de 2008), la afirmación de que "las habilidades, capacidades, experiencia y conocimiento del sector que componen la formación y capacitación profesional del trabajador son de libre uso por el mismo. Mientras que no se haga uso de secretos industriales o empresariales por parte del trabajador para fines distintos de los dispuestos por la empresa que ha dado a esos datos el carácter de secreto industrial o empresarial, o no concurren otras circunstancias que cualifiquen negativamente la conducta por la distorsión que introducen en el mercado...".

Cabría, desde luego, la posibilidad de que, junto a la conducta de inducción descrita en la demanda al amparo del Art. 14-2, se hubiera descrito otra conducta que, sin ser subsumible en ninguno de los ilícitos concretos, resultase atentatoria del principio de competencia por mérito, y en tal caso dicha conducta sí podría ser calificada con arreglo al Art. 4 L.C.D ., pero, lógicamente, no en régimen de subsidiariedad (como lo solicita TELENium en su demanda) sino en régimen de acumulación simple. Pero cuando nos encontramos ante una conducta que pudiera estar dotada de un grado de reprochabilidad menos intenso que el contemplado por el Art. 14-2 por situarse en un nivel simplemente inferior dentro de la misma línea del disvalor que este precepto contempla, estaríamos hablando, en términos meramente cuantitativos, de reproches de mayor o



menor intensidad, y ello nos conduciría irremisiblemente al manejo del Art. 4 como fórmula de "antijuricidad degradada" que es, como hemos visto, lo que nuestra jurisprudencia rechaza de modo tajante.

Tales planteamientos nos conducen a descartar la posibilidad de que en el caso que nos ocupa pueda la conducta atribuida a las demandadas ser incardinada en el ámbito del Art. 4 L.C.D. Y es que en su demanda TELENÍUM no solamente se abstuvo de explicar cuál sería, desde su punto de vista, el disvalor (cualitativamente distinto, lógicamente, del que ya reprime el Art. 14-2) en el que habrían incurrido las conductas descritas sino que, a decir verdad, dicha entidad se limitó a invocar el Art. 4 de la L.C.D. sin efectuar el menor comentario conducente a justificar su aplicación al caso.

TERCERO.- Inducción a la terminación regular de los contratos de trabajo (Art. 14-2 L.C.D.).-

Sabido es que para que este tipo de inducción incurra en ilicitud el Art. 14-2 exige que la conducta inductora vaya acompañada de alguna de estas circunstancias:

- 1.- Que se persiga con ella la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial.
- 2.- Que la conducta vaya acompañada de engaño.
- 3.- Que la conducta se realice con la intención de eliminar a un competidor del mercado.
- 4.- Que concurren circunstancias análogas al engaño o a la intención de eliminar al competidor.

En su demanda TELENÍUM invocó, desde luego, la tercera de dichas circunstancias, esto es, la intención de eliminarla del mercado, entendiéndolo por tal, según su punto de vista, el mercado de los servicios IPTV. Aun cuando el hecho de que en diversos pasajes del escrito rector dicha entidad aludiera también a la intención de las demandadas de explotar su "know how" pudiera invitar a pensar que con ello se estaba refiriendo a la concurrencia simultánea de la primera de las circunstancias (intención de explotar un secreto industrial o empresarial), y así pareció entenderlo la sentencia apelada, lo cierto es que en esta segunda instancia el problema ha quedado notablemente simplificado, pues TELENÍUM ha aclarado que nunca fundó su demanda en la presencia de tal circunstancia, con lo que parece que con la expresión "know how" se quería referir no a un secreto sino, mucho más modestamente, a las habilidades adquiridas por sus once técnicos durante los dos o tres años que, de forma promediada, los tuvo a su servicio. Y ya hemos indicado que ni la intención de aprovechar tales habilidades integra el ilícito del Art. 14-2 ni, por lo razonado en el precedente ordinal, podría integrar tampoco, a modo de "antijuricidad degradada", el ilícito del Art. 4 L.C.D.

Queda así perfectamente despejada la cuestión en el sentido de que lo único que este tribunal debe examinar es si concurren o no méritos para apreciar en la conducta de las demandadas la reprochabilidad propia del concreto ilícito consistente en la inducción a la terminación regular de los contratos de trabajo con la intención de eliminar a TELENÍUM del mercado (o, acudiendo a la analogía prevista en el último inciso del precepto, con la intención de "perjudicarla gravemente").

Así las cosas, en la exposición que subsigue trataremos de desgranar las razones por las que este tribunal entiende, por una parte, que, atendiendo a las circunstancias que la propia TELENÍUM nos proporciona, la comisión del ilícito descrito era ontológicamente imposible, y, por otra parte, que, aun cuando no lo fuera, no concurrirían méritos para su apreciación.

1.- Ilícito concurrencial imposible.-

Consideramos a este respecto sumamente ilustrativo reproducir los siguientes pasajes de la demanda de TELENÍUM:

"...teniendo en cuenta que el mercado de servicios especializados de IPTV en España está fundamentalmente acaparado por Alcatel, Telenium perdió toda posibilidad de mantener esta línea de negocio..." (pag. 27 de la demanda).

"...el lucro cesante inmediato sufrido a causa de la ruptura de las relaciones contractuales entre Alcatel y Telenium en relación a los servicios de IPTV, asciende a 1.012.984 ..." (pag. 28)(el énfasis es nuestro).

"Queda patente que Telenium no tiene alternativa equivalente al servicio prestado para Alcatel, dado que en el mercado de demanda de servicios especializados que contratan los comercializadores de soluciones integrales de IPTV, Alcatel tiene la inmensa mayoría del mercado en España..., de modo que como proveedor de las compañías que operan en España en el sector de IPTV, no es posible competir sin ofrecer los servicios a una compañía que no sea Alcatel..." (pags. 53 y 54, reiterado en la pag. 65).

"...Alcatel disfruta, en la práctica, de una situación de monopsonio en el mercado de servicios especializados de tecnología IPTV, dado que es prácticamente el único demandante de estos servicios, atendiendo a su



situación de dominio como oferente de soluciones integrales IPTV en España. Recordamos que Alcatel ostenta un 86 % de cuota de mercado..." (pag. 70)(el énfasis es nuestro).

"En el caso concreto de Telenium, los trabajadores que recibieron las ofertas de Altran no tenían otra opción que la de aceptarlas, puesto que, al dejar de prestar Telenium sus servicios a Alcatel, esta línea de negocio se veía abocada a la desaparición..." (pag. 74)(el énfasis es nuestro).

Vemos, pues, que lo que la propia TELENÍUM nos expone es que la circunstancia de que el proceso selectivo iniciado por ALCATEL tuviera como desenlace el otorgamiento del servicio global IPTV al tandem WIPRO/ALTRAN y la consiguiente pérdida de la relación contractual que para la prestación de esa clase de servicios había venido manteniendo ella con ALCATEL fue el factor determinante de que su línea de negocio se viera "...abocada a la desaparición...". Y conviene reparar en que esta no es una tesis manejada por las demandadas, quienes han expresado sus discrepancias con varias de las afirmaciones anteriormente transcritas, sino que se trata de una tesis de la propia TELENÍUM, tesis que, por lo demás, ha ocupado en su demanda una posición central.

Por lo tanto, la consecuencia obligada de que este tribunal asuma -como TELENÍUM pretende- la indicada tesis, no es ni puede ser otra que la de que fue su propio fracaso en el proceso selectivo desarrollado por ALCATEL la circunstancia que determinó causalmente su expulsión del mercado (entendido este como mercado de servicios IPTV). Así las cosas, difícilmente podría atribuirse algún protagonismo causal en dicha expulsión a un acontecimiento posterior a él cual fue la iniciativa de ALTRAN de ofertar a los 13 técnicos que TELENÍUM tenía destacados en ALCATEL el pase a su propia plantilla. En otras palabras, si esta última conducta carecía por completo de aptitud objetiva para desencadenar una expulsión del mercado que ya se había producido con anterioridad, y si esta deducción es -como así lo entendemos- completamente obvia incluso para el profano en esta clase de mercados, nada nos permite deducir que en el estado de conciencia de los responsables de ALTRAN llegara a estar nunca presente el elemento subjetivo que el Art. 14-2 exige, a saber, la intención de expulsar a TELENÍUM del mercado.

2.- Ilícito concurrencial inapreciable.-

Aun cuando la precedente consideración sería, por sí sola, suficiente para determinar el fracaso de la impugnación de TELENÍUM en torno a este punto, no está de más añadir que, incluso prescindiendo de ella, no habría en autos base suficiente para apreciar la comisión del ilícito que comentamos.

Como señala la S.T.S. de 15 de julio de 2013 con cita de la de 23 de mayo de 2007 , "...una cosa es que la contratación de trabajadores de un competidor pueda ocasionar a la postre su eliminación del mercado, y otra distinta que la principal finalidad o propósito perseguido al inducir a los trabajadores a que cesen en sus relaciones contractuales con el reseñado competidor sea su eliminación del mercado. Esto último, que es lo que se tipifica en el art. 14.2 LCD , ocurre cuando el inductor no está tanto interesado en el beneficio propio y directo que le genera la contratación de trabajadores que lo habían sido del competidor, como privar a éste de aquellos trabajadores para generar su ruina..." (énfasis añadido).

En el caso que nos ocupa no hay, desde luego, elemento probatorio alguno que nos permita concluir que la mercantil ALTRAN, que acababa de beneficiarse en calidad de socio español del proceso selectivo desarrollado por ALCATEL, careciera de interés en disfrutar de los servicios de unos técnicos que, como los pertenecientes a TELENÍUM, contaban ya con unos dos o tres años de experiencia en materia de IPTV. Y no solo por la ventaja material que ello le suponía sino porque, tanto si la expresión "recursos" utilizada en la pag. 4 de la RFP de ALCATEL obrante al documento 19 de la demanda se interpreta como "personas concretas" o como "perfiles profesionales" (debate hasta cierto punto estéril que han mantenido las partes en el litigio), ALTRAN obtenía mediante la contratación de aquellos el efecto provechoso de cumplir escrupulosamente con las exigencias de ALCATEL, ya que tales personas no solo eran "recursos personales" idénticos a los preexistentes sino que, obviamente, obedecían también a los "perfiles profesionales" exigidos por la entidad contratante. En consecuencia, obteniendo ALTRAN un beneficio para sí misma de la contratación, nada nos autorizaría a deducir que su conducta estuvo inspirada por el deseo de eliminar del mercado a la empresa a la que los trabajadores habían pertenecido, y ello con independencia de que un deseo de tal naturaleza pueda o no encontrarse presente en el ámbito más íntimo, es decir, en el fuero interno de los responsables de ALTRAN.

En donde TELENÍUM ha puesto el acento es en el carácter masivo de la contratación realizada por ALTRAN, concepto que se relativiza al ponerse en relación no con la totalidad de la plantilla de técnicos que aquella poseía (128) sino con la parte de esa plantilla que tenía destacada en ALCATEL (13). A su vez, el carácter masivo de la contratación se pone en relación con la escasa sustituibilidad de los trabajadores concernidos en relación con los servicios IPTV (alega TELENÍUM que el adiestramiento de un técnico para la prestación de dicho servicio exige invertir entre 24 y 36 meses) para deducir que la conducta de ALTRAN determinó su incapacidad de responder al mercado en el que operaba y, consiguientemente, su exclusión del mismo. Ya



hemos destacado que una afirmación de esa naturaleza se contradice frontalmente con cuantas afirmaciones ha efectuado TELENÍUM reconociendo que su expulsión del mercado se produjo con anterioridad y a causa de haber sido excluida por ALCATEL en su proceso selectivo. En cualquier caso, lo determinante a estos efectos es que tanto ALCATEL como ALTRAN han negado rotundamente que la prestación del servicio IPTV requiera en un técnico que goce de la preparación informática adecuada ningún grado de adiestramiento. Y lo importante no es dilucidar si los testigos que depusieron a instancia de dichas demandadas son más o menos fiables en razón a su vinculación laboral con las mismas. Lo verdaderamente determinante es que la sola negación por parte de dichas entidades del alegato de TELENÍUM sobre la necesidad de adiestramiento tenía la virtud de desplazar sobre esta última, en aplicación del Art. 217 L.E.C., la carga de demostrar el dato positivo que ella había alegado.

Pues bien, sucede que no solo TELENÍUM no suministró ninguna prueba capaz de avalar dicho dato (la fuente de información de la que se valió al respecto el informe HAZARD fue la propia TELENÍUM) sino que la demandada ALCATEL, sobre quien ni siquiera pesaba la carga de hacerlo, aportó un informe pericial (informe FOREST PARTNERS) que, a base del estudio y sistematización de la propia documentación proporcionada por la parte actora, puso de relieve que los técnicos captados por ALTRAN habían pasado a desempeñar servicios IPTV para ALCATEL desde el primer día de su incorporación a TELENÍUM y, por lo tanto, sin que contaran con una experiencia previa en dicho sector de actividad. Se trata, sin duda, de una poderosa evidencia del dato negativo correlativo a la afirmación de TELENÍUM, esto es, del dato con arreglo al cual un técnico ordinariamente formado no precisa de especial adiestramiento para el desempeño de funciones tipo IPTV.

TELENÍUM cree ver una contradicción entre dicha conclusión y el hecho de que ALTRAN, en lugar de acudir al mercado en busca de los técnicos que precisaba, decidiese dirigirse a los suyos. No apreciamos, sin embargo, que tal contradicción exista. Que ALTRAN prefiera contar -como parece lógico que así sea- con técnicos que cuentan ya con una experiencia de dos o tres años en el sector de IPTV no convierte en gravemente dificultosa para TELENÍUM la captación en el mercado, o la selección dentro del resto de su plantilla, de otros técnicos de reposición capaces de prestar, desde el primer día de su contratación, esa clase de servicio. Entendemos que la necesidad de hacerlo puede constituir una circunstancia molesta o un ligero contratiempo para TELENÍUM, pero es el propio legislador quien en la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal nos indica que ha incluido tipos muy restrictivos en el ánimo de no reprimir como contrarias a la concurrencia conductas que resulten simplemente molestas para los competidores. Lo verdaderamente relevante es que si, superando ese carácter molesto, TELENÍUM tenía la posibilidad de generar en un corto espacio de tiempo un nuevo equipo de técnicos capaces de desarrollar servicios IPTV, nunca podría al propio tiempo afirmarse que la contratación de ALTRAN, por masiva que hubiera sido, tuvo aptitud objetiva para lograr la expulsión de aquella del mercado. Y si esa aptitud objetiva no existía, es difícil afirmar que en el ánimo de ALTRAN pudiera encontrarse presente un propósito que objetivamente carecía de viabilidad.

En suma, deducir la voluntad de expulsar a TELENÍUM del mercado de la circunstancia, por lo demás obvia, de que para ALTRAN resultaba preferible contar con técnicos que ya gozasen de alguna experiencia en IPTV, constituye, si se nos permite la expresión, una piroeta o salto en el vacío que elude el desarrollo de los pasos argumentales necesarios para alcanzar aquella conclusión y que carece por tal motivo de consistencia lógica.

CUARTO.- Comportamiento colusorio (Art. 1 L.D.C.).-

Establece el Art. 1-1 de la Ley de Defensa de la Competencia lo siguiente:

"Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos".

Aun cuando somos conscientes de que la enumeración de supuestos que realiza este precepto no es exhaustiva sino meramente ejemplificativa, lo cierto es que TELENÍUM no solo no nos indicó en su demanda en cuál de ellos consideraba incardinable la conducta que denunciaba sino que tampoco nos explicitó con el deseable grado de claridad qué otra conducta, distinta de las enumeradas por el precepto, pudo perseguir



la finalidad o provocar el efecto de "impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional".

Si prescindimos de la abundante cita jurisprudencial que TELENÍUM nos suministra al respecto, en realidad lo único más o menos concreto que nos dice en la página 56 de la demanda es que "De los hechos expuestos se deduce la existencia de algún tipo de acuerdo entre Alcatel y Altran que ha propiciado la captación por parte de Altran de los trabajadores afectos al negocio de IPTV de Telenium y la consiguiente eliminación de Telenium como competidor en dicho mercado". Y, para finalizar, nos señala en la página 59 que "En el caso que nos ocupa, aun en el supuesto de que el acuerdo entre Alcatel y Altran no tuviese por objeto la eliminación de Telenium del mercado de servicios IPTV....su efecto directo ha sido la eliminación de Telenium como competidor en el mercado...".

Se trata de las únicas dos afirmaciones que, referidas al tema que ahora nos ocupa, realiza TELENÍUM. Y basta con comprobar cuál es su tenor a la vista de las reflexiones efectuadas en los precedentes ordinales para deducir la falta de fundamento de las mismas o la ausencia de anclajes sólidos capaces de soportar una imputación de actividad colusoria al amparo del Art. 1 de la Ley de Competencia Desleal .

En realidad, como es la propia TELENÍUM quien ha mantenido hasta la saciedad la tesis de que su expulsión del mercado fue determinada por la circunstancia de no haber sido ella la adjudicataria en el proceso selectivo llevado a cabo por ALCATEL, parece que cuando nos habla de "...la existencia de algún tipo de acuerdo entre Alcatel y Altran..." a lo que se refiere es a la decisión de ALCATEL de adjudicar la práctica totalidad del servicio IPTV a WIPRO (que trabajaría en España de forma coordinada con ALTRAN) y la correlativa decisión de no adjudicárselo a TELENÍUM. Sin embargo, no existe en autos la menor constancia de que tal decisión empresarial obedeciese a criterios o propósitos distintos o alejados de los principios de eficiencia económica.

Cuando se nos dice que, aunque no se persiguiese ese propósito, la conducta habría producido objetivamente el efecto de su expulsar a TELENÍUM del mercado, el alegato guarda íntima relación con la previa afirmación de que ALCATEL ocupa en el mercado español una posición próxima al monopsonio o mercado de un solo comprador. Sin embargo, habiendo sido profundamente controvertida tal afirmación por parte de ALCATEL, quien de entrada no asume que pueda hablarse de un mercado de IPTV como mercado relevante, nunca aportó TELENÍUM una adecuada pericia capaz de definir ese mercado ni los demás parámetros económicos precisos para posibilitar la incardinación de una conducta dentro del ámbito de la actividad colusoria proscrita por el precepto legal que comentamos. Es de hacer notar a este respecto que en el informe HAZARD acompañado a la demanda de TELENÍUM, si bien se efectúan algunas alusiones incidentales al mercado de IPTV (pag. 20), no se realiza ningún esfuerzo (tampoco parece que alcanzara a ello la encomienda recibida por el experto) por definir lo que, en el ámbito del derecho de la competencia, se conoce técnicamente como "mercado relevante" en sus dos proyecciones esenciales: "mercado de producto" y "mercado geográfico".

No ha de prosperar en consecuencia, en vista de los precedentes planteamientos en su conjunto, la impugnación de la sentencia deducida por TELENÍUM y sí, en cambio, los recursos de apelación interpuestos por ALCATEL y por ALTRAN.

QUINTO.- Las costas derivadas de la impugnación de la sentencia han de imponerse a la impugnante TELENÍUM de conformidad con lo previsto en el número 1 del Art. 398 de la L.E.C .

Estimándose los recursos de apelación de ALCATEL y ALTRAN, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas por los mismos de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C ., debiendo imponerse a la demandante TELENÍUM, en cambio, las originadas en la instancia precedente de acuerdo con lo previsto en el Art. 394-1 de la misma ley .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Estimar los recursos de apelación interpuestos por la representación de ALCATEL LUCENT ESPAÑA S.A. y la de ALTRAN TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Desestimar la impugnación de esa misma sentencia llevada a cabo por la representación de TELENÍUM TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.L.
- 3.- Revocamos la sentencia apelada y, desestimando -como desestimamos- la demanda interpuesta por TELENÍUM TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.L. contra ALCATEL LUCENT ESPAÑA S.A. y la de ALTRAN



TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN S.L., absolvemos a dichas demandadas de todos los pedimentos contra ellos deducidos en la demanda, todo ello con imposición a la demandante de las costas causadas en la precedente instancia.

4.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por los recursos de apelación e imponemos a la impugnante TELENÍUM TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.L. las originadas por su impugnación de la sentencia.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase a la devolución a ALCATEL LUCENT ESPAÑA S.A. y la de ALTRAN TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN S.L. del depósito que consignaron para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDO