



Roj: **SAP B 12269/2005 - ECLI:ES:APB:2005:12269**

Id Cendoj: **08019370152005100317**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **13/07/2005**

Nº de Recurso: **578/2002**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS GARRIDO ESPA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMO-QUINTA

ROLLO nº 578/2002-2ª

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº. 245/2001

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 DE ESPLUGUES DE LLOBREGAT

SENTENCIA núm.

Ilmos. Sres.

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. LUIS GARRIDO ESPA

D. JOSÉ LUIS CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ

En Barcelona a trece de julio de dos mil cinco.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Decimo-quinta de esta Audiencia Provincial los autos de juicio ordinario seguidos con el nº. 245/2001 ante el Juzgado de Primera Instancia nº. 2 de Esplugues de Llobregat , a instancia de LABORATORIOS KIN S.A., representada en esta instancia por el Procurador D. Ricard Simó Pascual y asistida del Letrado D. Salvador Gómez Noya, contra: JOHN O. BUTLER COMPANY, representada en esta alzada por el Procurador D. Antonio M. de Anzizu Furest y bajo la dirección del Letrado D. Jesús M. de Alfonso Olivé, JOHN O. BUTLER COMPANY SUCURSAL EN ESPAÑA, representada en esta instancia por el Procurador D. Ignacio López Chocarro y con la misma dirección letrada anterior; D. Jose Francisco , D. Luis Carlos y D. Juan Pedro , representados por el Procurador D. José M. Fernández-Aramburu Torres y asistidos del Letrado D. Alexandre Solsona Molons, que pende ante esta Sala por virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en fecha 14 de mayo de 2002 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor siguiente: "FALLO: Desestimando totalmente la demanda de LABORATORIOS KIN S.A., representada por el Procurador Pere Martí Gellida, contra JOHN O. BUTLER COMPANY SUCURSAL EN ESPAÑA, JOHN O. BUTLER COMPANY, representados por el Procurador Juan García, y contra D. Jose Francisco , D. Juan Pedro y D. Luis Carlos , representados por la Procuradora Teresa Martí, absuelvo a los demandados de las peticiones dirigidas contra ellos con imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, que fue formalizado en tiempo y forma conforme a la vigente LEC, siendo presentados respectivos escritos de oposición al recurso por los codemandados.



TERCERO. Recibidos los autos y formado en la Sala el Rollo correspondiente y personadas las partes, se procedió al señalamiento de vista, que se celebró el pasado 18 de abril.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS GARRIDO ESPA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. LABORATORIOS KIN S.A. (en adelante LK), empresa farmacéutica dedicada a la fabricación y comercialización de productos para el sector bucodental y distribuidora en exclusiva en España desde 1976 de los productos de la multinacional JOHN O. BUTLER COMPANY (en adelante JOB), en particular cepillos y sedas dentales, hasta el uno de septiembre de 2000, fecha en que quedaron extinguidos los efectos de dicha relación, demandó a dicha sociedad norteamericana, a JOHN O. BUTLER COMPANY SUCURSAL EN ESPAÑA (en adelante JOB Sucursal, constituida en junio de 2000 para continuar la actividad de distribución que antes desarrollaba LK), y a D. Jose Francisco , D. Juan Pedro y D. Luis Carlos , antiguos directivos de la actora que pasaron a desempeñar sus servicios para la Sucursal española de JOB, por la comisión concertada de actos de **competencia desleal** que incardinaba en los artículos 13 y 14 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **Competencia Desleal** , además de subsumir la conducta globalmente considerada en el artículo 5 de la misma Ley .

Las conductas reprochadas, cuyo cese y reparación indemnizatoria se pedía en la demanda, consistían en (a) la inducción a directivos y trabajadores del área comercial de la actora a infringir deberes contractuales básicos y a la terminación regular de sus contratos, mediando engaño y la finalidad de apropiarse y explotar **secretos empresariales**, así como la de eliminar a la actora del mercado, y (b) en la explotación de esa información secreta, que identifica con el listado de clientes (farmacias) a los que LK, mientras se mantuvo la relación de distribución, suministraba productos Butler (cepillos y sedas dentales), así como del know-how relativo a las técnicas de venta de tales productos, además de otros concretos documentos (facilitados por quien fue su empleado, Sr. Cornelio , al codemandado Sr. Luis Carlos cuando éste ya estaba incorporado a JOB Sucursal).

SEGUNDO. Más concretamente, la demanda relataba el siguiente contexto, en oportuna y necesaria síntesis.

I) Por razón del incumplimiento contractual que JOB imputó a la actora en el desenvolvimiento de la relación de distribución (consistente en la comercialización por la distribuidora de otros cepillos y sedas bajo la marca FKD, lo que implicaba vulneración de la exclusiva con JOB), ambas partes se sometieron, en 1999, a un procedimiento arbitral administrado en Chicago, en el que LK resultó condenada a pagar, en diciembre de 1999, la cantidad de 1.050.000 dólares USA en concepto de indemnización.

Las partes alcanzaron un acuerdo transaccional en abril de 2000 (documento 29) por el que esa cifra indemnizatoria quedó rebajada, y se fijaron las condiciones de terminación del contrato distribución, con efecto de 1 de septiembre de 2000. En ese marco transaccional, la actora ofreció a JOB el traspaso de información comercial consistente en el listado de farmacias que venían adquiriendo productos Butler así como el know-how de técnicas de venta y colocación del producto, pero JOB no aceptó abonar o compensar cantidad alguna por tal información, de modo que la cifra indemnizatoria transaccionada no incluía tales conceptos ni LK estaba obligada a suministrar tales conocimientos (pacto 5.4º del documento 29).

II) A efectos de mantener su cuota de mercado en España y de reconstruir su red de distribución, resultaba muy valiosa para JOB (como así lo reconoció en el procedimiento arbitral; documento 17) la información relativa a los concretos puntos de farmacia que venían adquiriendo sus productos (hay en España 19.200 farmacias), pues de otro modo debía invertir tiempo y dinero en localizar esos clientes preexistentes y lograr de nuevo su favor, evitando además que LK colocara a esa clientela, tras la extinción de la distribución, un producto sustituto. Clientes a los cuales LK, tras la extinción de la relación, le interesaba atraer para que, en sustitución de los cepillos Butler, adquirieran el nuevo cepillo Kin que se proponía lanzar al mercado y, de este modo, fidelizar hacia ella esa clientela anteriormente adicta a los productos Butler.

III) En junio de 2000, JOB decide crear en España una sucursal permanente (JOB Sucursal, aquí demandada), nombrando director general a D. Jose Francisco , que había sido director del área internacional de LK desde mayo de 1994 y había cesado en la empresa actora en febrero de 2000, quien, además, había testificado en el procedimiento arbitral de manera desfavorable para los intereses de LK.

Así mismo fueron captados para JOB Sucursal dos importantes directivos de LK: D. Luis Carlos , que fue jefe de ventas y causó baja en mayo de 2000, integrándose en la sucursal demandada el 1 agosto siguiente, y D. Juan Pedro , que desempeñaba en LK funciones directivas, cesando en septiembre de 2000 para incorporarse a Job Sucursal en octubre siguiente.

IV) Desde septiembre de 2000 JOB, Sucursal ha seguido vendiendo sus productos a los mismos clientes a los que venía haciéndolo LK hasta esa fecha (en que terminó la distribución).



Ello demuestra -en el decir de la demanda- el trasvase de información confidencial, identificada con esa lista de clientela, que ha tenido lugar a través del Sr. Luis Carlos , a quien se imputa directamente haberse llevado, al cesar en LK, los listados de clientela y toda la documentación comercial que tenía en su ordenador (f. 46 de la demanda).

V) A partir de julio de 2000 hasta doce trabajadores del área comercial de LK causan baja y pasan a prestar sus servicios en JOB Sucursal, produciéndose al tiempo de ser redactada la demanda tres bajas más para integrarse en la empresa demandada.

VI) Siguiendo una estrategia concertada, los Sres. Juan Pedro y Luis Carlos han vertido manifestaciones denigratorias sobre LK ante los empleados de ésta, y han acumulado información secreta durante su permanencia en LK a lo largo de 2000 para trasladarla a JOB. Concretamente, el Sr. Luis Carlos hizo llegar a sus subordinados el mensaje de que LK se hundía, de que la familia propietaria estaba vendiendo la compañía, de que JOB abandonaba a LK y que debían pasar a trabajar para JOB.

VII) Además, han inducido Don. Cornelio , que en LK atendía a la red de farmacias, para que entregara a JOB, por medio del Sr. Juan Pedro (éste ya en la plantilla de JOB Sucursal), información secreta correspondiente al nuevo cepillo Kin así como la "documentación del ciclo enero-febrero-marzo", que contiene los objetivos a alcanzar por LK en ese período y las concretas acciones y técnicas de venta ante farmacias y médicos.

TERCERO. La Sentencia de primera instancia, apelada por la actora, desestimó la pretensión por entender ausentes las notas caracterizadoras de la deslealtad que se denunciaba respecto de las conductas descritas, que analizó a la luz de los artículos que específicamente las tipifican, esto es, los artículos 13 y 14 de la Ley de **Competencia Desleal** , acogiendo, en definitiva, los argumentos defensivos tras una valoración exhaustiva y pormenorizada de la abundante prueba practicada, así como de los requisitos normativos aplicables.

CUARTO. Las conductas que constituyen el reproche de la parte actora, tras la necesaria labor de sistematización que requiere la demanda, y con adecuación al contexto normativo aplicable, son las siguientes:

a) la divulgación de **secretos empresariales**, identificados con el listado de clientes-farmacias a los que LK suministraba el producto Butler, que se imputa al codemandado Sr. Luis Carlos (y en menor medida al Sr. Jose Francisco , dice la demanda) y cuyas beneficiarias son JOB Sucursal y en última instancia la propia JOB, comportamiento incardinable en el marco del art. 13 LCD ;

b) la misma conducta referida al know-how de técnicas de venta, imputable a los Sres. Luis Carlos , Jose Francisco y Juan Pedro (art. 13 LCD);

c) la explotación por JOB de **secretos empresariales** representados por el listado de aquella clientela y el referido (e inconcreto) know-how, así como de la documentación, calificada como secreta, que fue entregada por el Sr. Cornelio (no así la divulgación de la misma, que sería imputable a dicho ex empleado, por no haber sido demandado) (art. 13 LCD); y

d) la inducción ejercida por JOB sobre los Sres. Jose Francisco , Luis Carlos y Juan Pedro para la terminación regular de su contrato laboral, y la misma inducción ejercida por todos los demandados sobre los empleados comerciales de LK, acompañada de engaño y con la finalidad de explotar **secretos** industriales y de eliminar a la actora como competidor (art. 14.2 LCD).

Son, en definitiva, conductas específicamente tipificadas por los artículos 13 y 14.2 de la Ley de **Competencia Desleal** , si bien la actora añadía el comportamiento previsto en el artículo 14.1 , esto es, la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos.

Respecto de esta conducta, la Sentencia encontró dificultad en identificar los deberes contractuales básicos contraídos con LK sobre los cuales se proyectaría la inducción a su incumplimiento (lo que no es de extrañar, ya que la demanda es tan reiterativa como asistemática en ciertos aspectos), asimilando de la lectura de la demanda que "aquéllos hacen referencia a la captación de clientela y violación de **secretos**" (f. 12 de la Sentencia).

Un esfuerzo de asimilación más acusado y concreto (labor que en principio no habría razón para desarrollar, pues requisito de toda demanda es la claridad expositiva) permite constatar que la alegada inducción a la infracción de deberes contractuales básicos se refiere, entre otros extremos, a la ejercida sobre el Sr. Cornelio para que, faltando al deber de confidencialidad adquirido con LK, revelara al Sr. Juan Pedro (éste ya en nómina de JOB Sucursal) documentación de la empresa que se califica como **secreto empresarial**, concretamente el estuche promocional del cepillo Kin y la "documentación del ciclo" del primer trimestre de 2001.

Si la infracción de deberes contractuales básicos sobre los cuales se proyecta la inducción se traduce en la ruptura de la relación laboral con LK por parte de los codemandados y demás trabajadores (así puede deducirse

también de la demanda), los parámetros para enjuiciar la deslealtad no han de ser los del primer apartado del artículo 14, sino los del segundo, pues contemplamos entonces la inducción a la terminación regular de un contrato, esto es, la extinción de una relación contractual (aquí la laboral) que, por su propia naturaleza, disposición legal o contenido convencional permite a una de las partes la denuncia o terminación por la mera voluntad unilateral.

Sobre la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos se explaya el recurso de la actora a partir del folio 30, bajo esa misma rúbrica ("Sobre el artículo 14.1 de la LCD"), haciendo referencia a la inducción masiva de trabajadores a abandonar LK, acompañada de denigración hacia la dirección de la empresa. Nada nuevo añade este argumento, como se ha dicho, a la consideración de la conducta desde la perspectiva normativa que determina su enjuiciamiento, que es la del apartado segundo del indicado precepto, el cual tipifica las notas de la deslealtad cuando se trata de la captación de trabajadores ajenos.

Por lo demás, a lo largo de ese capítulo del recurso se desarrollan tanto hechos nuevos (así, las instrucciones del Sr. Luis Carlos, dirigidas a los miembros de la red comercial, para dejar de distribuir el cepillo FKD) como otros que dotarían a la inducción para la terminación regular de los contratos de trabajo de las notas de deslealtad (la denigración hacia la dirección de la empresa y a su proyecto **empresarial**, cometida por los Sres. Luis Carlos y Juan Pedro), como también hechos relativos a la violación del **secreto empresarial** representado por el listado de farmacias que compraban productos Butler, todo ello en una amalgama reiterativa de hechos y circunstancias referidas a las demás conductas reprochadas.

QUINTO. El artículo 13 LCD describe como desleal la divulgación o explotación de **secretos empresariales**, sean **secretos** industriales o comerciales, a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el artículo 14, o cuya adquisición haya tenido lugar por medio de espionaje o procedimiento análogo. Es necesario, para que la conducta merezca la calificación de desleal, añade el apartado 3, que la finalidad perseguida sea obtener provecho, propio o de un tercero, o perjudicar al titular del **secreto**.

Sobre qué deba entenderse por **secreto**, pues de tal concepto depende la protección que dispensa la norma, nada dice la Ley de **Competencia Desleal**, pero, como hemos venido sosteniendo, ese vacío puede integrarse acudiendo al artículo 39.2.a) y b) del Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC; BOE de 24 de enero de 1995), que ordena a los Estados miembros garantizar una protección eficaz contra la **competencia desleal** respecto de aquella información no divulgada que esté legítimamente bajo el control de las personas físicas o jurídicas, impidiendo que se divulgue a terceros o que sea utilizada por terceros sin su consentimiento, de manera contraria a los usos honestos, en la medida en que (a) sea secreta, en el sentido de que no sea conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; (b) que tenga un valor comercial por ser secreta, y (c) que haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

Se trata, en suma (coincidiendo con la exposición que contiene la Sentencia apelada en su página 10), de un conocimiento o información que no es notoria; que tiene para la empresa un valor económico, actual o potencial, por suponer una ventaja para el empresario frente a los competidores que la desconocen; y respecto de la cual se adopten medidas razonables y apropiadas para preservarla o evitar su divulgación, tanto hacia el exterior, impidiendo que los terceros puedan acceder a la misma, como hacia el interior, disponiendo lo necesario para que solamente puedan acceder a ella únicamente empleados o colaboradores que por sus funciones en la organización **empresarial** deban conocerla o manejarla, y siempre sometidos a un deber de **secreto**.

SEXTO. I) Base de la imputación desleal de la demanda es la atribución del carácter de **secreto empresarial** al listado de la clientela de farmacias (no de todas las existentes, cuya relación es fácilmente accesible a través de cualquiera de los medios designados por la parte demandada) que, antes del término de la relación de distribución (el 1 de septiembre de 2000) compraban productos Butler (cepillos y sedas dentales, aunque parece que fundamentalmente cepillos), ascendente a un número de 3000 (según se expone por la actora y no niega la demandada) de un total de unas 19.200 farmacias existentes en España.

Debido a ese número que integra el listado relevante (las 3000 farmacias que venían adquiriendo el producto Butler) es lógico suponer que el **secreto** se materializaba en un soporte físico, listado en papel o en medio informático, que -en la tesis de la demanda- habría sido obtenido por el Sr. Luis Carlos mientras permanecía en LK y entregado (divulgado) a JOB, con ánimo de obtener provecho de él.

II) Puede admitirse, en abstracto y en principio, que ese listado selectivo poseía valor patrimonial para LK y para JOB, dado el interés de la primera en aprovechar la fidelización de los farmacéuticos hacia el vendedor de la red de LK, al objeto de colocar a aquéllos un producto sustituto del cepillo Butler que dejaba de distribuir (el nuevo



cepillo Kin que, alega la actora, tenía intención de comercializar), así como el interés de la segunda en poseer tal información al objeto de poder mantener su cuota de mercado sin solución de continuidad, dirigiéndose a esa clientela ya lograda para afianzar su fidelidad al producto Butler y evitando que en la coyuntura del fin de la distribución, al tener lugar el relevo, la red comercial de LK atrajera a esa clientela hacia otros productos distintos. La información cobraba valor, en todo caso, al término de la relación de distribución, en que la clientela lograda quedaba a merced de las fuerzas del mercado, abriéndose entonces la pugna por ella entre quienes antes colaboraban (fabricante y distribuidor) y que a partir de entonces devenían competidores.

III) La defensa de JOB se concentra, en este extremo, en negar el valor patrimonial que para ella tenía ese listado selectivo y la ventaja que para su posición de mercado podía suponer, toda vez que su cliente-objetivo no es la farmacia, ya que ha optado por un sistema de distribución a primer nivel, esto es, por medio de intermediarios independientes, mayoristas, distribuidores y comisionistas multicartera, que son los que aportan la clientela final (las farmacias), por lo que no le era preciso conocer la clientela preexistente de farmacias para mantener su cuota de mercado.

Con esa defensa, al mismo tiempo, se está negando la explotación del **secreto**, o aprovechamiento de la información en sentido económico, caso de que se estime que el listado selectivo llegó a su poder.

La consideración de determinada información como **secreto empresarial** no alcanza, sin embargo, a ese estadio ulterior que sería la efectiva explotación, con ser la misma otro elemento integrante del tipo sancionado por el artículo 13. La información será secreta o no en función de los parámetros indicados, con independencia del uso o no uso que de la misma llegue a hacerse por el tercero que la obtiene.

IV) Afirma la demanda y admite la Sentencia, y no se ha desvirtuado por la demandada, que tras la extinción de la relación de distribución JOB Sucursal vende o sigue vendiendo a las mismas farmacias a las que antes vendía LK el producto de aquélla (a partir de los datos de NIELSEN que incorpora y comenta el dictamen aportado por la actora, de Díaz Piedra Auditores).

Pero ello no implica, como advierte la Sentencia apelada, que JOB Sucursal haya obtenido ese resultado como consecuencia de una labor de visita a farmacias desplegada por agentes o delegados en plantilla, siendo admisible que el mantenimiento de la cuota de mercado se haya logrado a través de los mayoristas, distribuidores y comisionistas que aportan su propia clientela (farmacias) y otros medios y elementos que determinan la voluntad o inercia de pedido del mismo producto por los farmacéuticos.

V) En primer término, se ha aportado suficiente prueba (informe de Deloitte & Touch aportado por la demandada, testificales de directivos de JOB Sucursal y datos que proporciona IMS comentados por el perito Sr. Jorge) de que la demandada confía la distribución de sus cepillos (pues de ese producto se trata) a intermediarios independientes (mayoristas, distribuidores y comisionistas multicartera, que proporcionan su propia cartera de farmacias-cliente, sin revelarla al proveedor), algunos de ellos mayoristas muy activos en el mercado, con una fuerza de ventas potencialmente eficaz (sistema que la perito de TEAM 2000 calificó como eficaz, aunque no del todo).

Los datos que suministra IMS (los del documento 68 de la demanda parecen, en efecto, referidos a ventas totales de productos del laboratorio y no específicamente a cepillos dentales) y que incorpora el documento nº 40 (f. 633) aportado en el acto del juicio, revelan que JOB, en el período transcurrido entre diciembre de 2000 y noviembre de 2001, registra un total de ventas directas de cepillos a farmacias en un 5 %, en tanto que LK alcanza un porcentaje en ese período del 75 %. Fuera de esa "venta directa" (llevada a cabo por vendedores propios, distribuidores o comisionistas) el medio empleado para colocar el producto al farmacéutico no puede ser otro que el que proporciona la actuación del mayorista (en este caso, tratándose de JOB, el restante 95%), considerando a distribuidores y comisionistas como integrantes de la red propia del fabricante, aunque "externos".

Ese sistema de venta indirecta por medio, fundamentalmente, de mayoristas, ha quedado demostrado que es viable y potencialmente eficaz en el sector de que se trata pues, como refrendan diversos medios de prueba (manifestaciones de TEAM 2000, perito Don. Jorge de Farma & Cia., informe Mazars, testifical del Sr. Jose Pablo -que trabajó para LK-; documento 42 al f. 649; documentación aportada al recurso de apelación relativa al papel comercial de ciertos mayoristas), hay mayoristas muy activos en el mercado que trabajan la promoción de los productos con extendidas redes de ventas, como es el caso, entre otros, de Hefame. De ahí que la Sentencia admitiera, con apoyo en la opinión pericial Don. Jorge y sin desconocer "la importancia de la red de ventas para la comercialización de los productos farmacéuticos", la eficacia de un sistema de comercialización que dedica la fuerza de ventas interna o en nómina a visitar al odontólogo y deja en manos de agentes externos la comercialización en la farmacia (f. 8 de la Sentencia).



VI) De otro lado, los códigos nacionales de parafarmacia que, incorporados al producto, identifican al proveedor y distribuidor del mismo y facilitan de esta forma el pedido al nuevo distribuidor, fabricante o mayorista, fueron cedidos por LK con el acuerdo transaccional de abril de 2000, con lo que estaba abierta la vía de acceso por el farmacéutico hacia el nuevo proveedor. De ahí que, a través de este medio, como indica la Sentencia con apoyo en el dictamen del Sr. Lasaosa, resulte irrelevante o inocuo el cambio de distribuidor del producto así identificado, permitiendo al farmacéutico el pedido al mayorista o fabricante por medios informáticos, jugando como elemento de retención de la clientela (perito Carlos Durán y perito de Mazars).

Y así mismo, está admitido que los mayoristas fueron previamente notificados por LK de que a partir del 1 de septiembre de 2000 sería JOB Sucursal la distribuidora de los productos Butler.

A ello debe añadirse el poder de atracción y fidelización de la propia marca de la demandada, con 25 años de presencia en el mercado (incluso Don. Jose Pablo admitió el carácter de marca notoria en el sector; también perito de TEAM 2000), frente a un cepillo (Kin) de nuevo lanzamiento, que por cierto tuvo lugar no en septiembre de 2000, al término de la distribución, sino en noviembre de ese año (fue presentado en noviembre en un congreso en Oviedo, tal como resulta de los documentos 46 de la demanda, 18, 19, 20, 21 y 22 de la contestación).

Esos medios y factores contribuyen a que el punto de venta al público (la farmacia) que con anterioridad vendía productos Butler lo siga haciendo una vez expirada la distribución que tenía encomendada LK, toda vez que la farmacia, estimulada por mera inercia comercial o por fidelidad a la marca podía dirigirse al fabricante, distribuidor o mayorista para renovar el pedido una vez extinguido el stock, como de igual manera podía hacerlo el mayorista, previamente notificado del cambio de distribuidor.

VII) Ese sistema de comercialización basado primordialmente en la venta indirecta, a través, fundamentalmente, de mayoristas, y los medios y factores indicados, debilitan en medida razonable el "valor competitivo" que para la demandada pudiera tener el listado de clientela selectiva y pueden justificar, en términos de mercado, que no se aviniera a pagar cantidad alguna por el traspaso de tal listado o a exigirlo a LK al transaccionar en abril de 2000.

SÉPTIMO. La divulgación y explotación de esa información (listado de farmacias que compraban productos Butler) también se denunció canalizada a través de la captación de los trabajadores concedores de la misma por haber formado parte de la red comercial de LK, en total doce empleados del área comercial.

Sobre este aspecto de la cuestión la Sentencia de primera instancia rechazó la denunciada "apropiación de clientela" partiendo de la premisa de que "no pueden considerarse secretas y, por lo tanto no pueden ser objeto de **secreto empresarial**, aquellas informaciones que formen 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" (f. 8 de la Sentencia).

En su recurso la actora argumenta que la captación de supervisores y delegados de la red de ventas de LK comporta a quien los recibe una ventaja competitiva pues implica obtener el contacto con los clientes y el know-how (ya que el cepillo es producto fácilmente sustituible por los de la competencia), siendo el vendedor factor determinante para captar la voluntad de compra del farmacéutico.

Ese planteamiento puede reflejar la realidad comercial en el sector (en ese sentido apuntan los varios informes periciales y declaraciones testificales, por lo menos la eficacia de una labor de visita personal a la farmacia), pero no implica, per se, que la captación de personal dedicado a promover la venta de productos, para desarrollar la misma función en una empresa de la competencia, ahora para colocar el producto de otra procedencia **empresarial**, sea desleal. La deslealtad surge al concurrir las circunstancias con que el art. 14 LCD cualifica la captación de trabajadores ajenos, esto es, cuando la misma, mediando inducción, tiene por finalidad la explotación de un **secreto empresarial**, aquí representado por la identidad de la clientela (farmacias) a las que el personal que ha pasado a JOB vendía, o tenía conocimiento de que se vendían, productos Butler.

Se ha de coincidir con la Sentencia apelada en que las habilidades, capacidades, experiencia y conocimiento del sector que componen la formación y capacitación profesional del trabajador (que por esas razones es incorporado a la empresa de la competencia), son de libre e incluso necesario uso por el mismo, con el consiguiente aprovechamiento por la nueva empresa que lo emplea, en el ulterior desarrollo de su vida laboral, normalmente dedicada al mismo sector en el que ha adquirido aquellos valores. El límite vendría representado por aquellos conocimientos o información, titularidad de hecho del empresario, que constituyen **secreto empresarial**, al cual se ha tenido acceso legítimamente en tanto se mantenía su relación con la anterior empresa, pero con deber de reserva (art. 13.1 LCD).

Esas capacidades o habilidades, entre las que se incluye el conocimiento y la relación con la clientela, son independientes, por ello, de los **secretos empresariales**, que deben distinguirse de aquellos conocimientos



adquiridos por el trabajador y, por tanto, necesarios para hacer uso de su derecho constitucional a desarrollar un trabajo, aunque sea en una empresa de la competencia. Se ha de aceptar así mismo que la clientela no constituye en sí misma un bien apropiable por ningún empresario (y no parece que haya de abundar más en este extremo).

De ahí que, a menos que se acepte la naturaleza secreta de la identidad de los clientes (los relevantes en este caso), no podrá reprimirse la conducta de los ex empleados que contactan con ellos en o desde la nueva empresa, ni la de ésta, que los emplea y se aprovecha de esa clientela ganada precisamente por la destreza comercial de ese personal.

Si los conocimientos revelados y aprovechados por los trabajadores y la nueva empresa empleadora se hacen coincidir con las farmacias a las que se vendía el producto Butler, reiteramos que la represión y sanción dependerá de aceptar o no la naturaleza secreta de la identidad de esos clientes. Y ese carácter **secreto** no puede ser estimado al no haberse probado por medio alguno que tal información, adquirida por cada vendedor en su parcela o zona territorial de ventas, respecto de las farmacias que compraban producto Butler, por más que pudiera adquirir, en abstracto, valor de cambio para LK al término de la distribución comercial y que no fuera conocida por JOB, tuviera carácter de **secreto empresarial**, en los términos indicados, en cuanto información confidencial y de obligada reserva para cada vendedor. Ese deber de confidencialidad de los clientes ganados para el cepillo Butler por cada vendedor, en su respectiva área de actuación, no ha quedado probado por medio alguno.

Se ha de aclarar, para evitar equívocos en la asimilación de nuestro razonamiento, que - estimamos- una cosa es el listado completo de las farmacias que compraban productos Butler, que necesariamente habría de materializarse en un soporte de papel o medio informático (eran, según se alega, unas 3000), y otra el conocimiento personal de los vendedores de LK que pasaron a JOB Sucursal de las farmacias y farmacéuticos que, mientras duró la distribución, captaron para el producto Butler, que no constituye propiamente el listado de clientela relevante para el competidor, sino un fragmento del mismo, y que sería en su caso protegible como **secreto empresarial** no ya en cuanto listado de clientela sino como conocimiento de la clientela ganada por cada trabajador por su aptitud y destreza comercial. Lo que no se ha probado es que, fuera del listado completo de esas farmacias, existiera para los trabajadores-vendedores el deber de confidencialidad sobre la identidad de las farmacias a las que cada uno de ellos vendían productos Butler, ni prohibición de competencia -debidamente remunerada- una vez extinguida su relación con LK.

OCTAVO. Con todo, sobre esta cuestión, albergamos una duda razonable de carácter fáctico que tendrá reflejo en el pronunciamiento sobre las costas procesales.

No es descartable que el Sr. Luis Carlos , que permanecía en LK tras alcanzarse el acuerdo transaccional en abril de 2000, traspasara a JOB Sucursal el listado completo de la clientela de farmacias que compraban productos Butler. La testigo Sra. Carmen , empleada de LK, (que, por cierto, también concursó, sin éxito, para ser admitida en JOB, enviando su currículum vitae en solicitud de empleo mientras estaba en LK), afirmó que el Sr. Luis Carlos le solicitó la lista de clientes de cepillos Butler (a la que el Sr. Luis Carlos tenía natural acceso, con independencia de medidas internas de seguridad, por razón del cargo que desempeñaba en la empresa), pareciéndole extraña esa petición tras comprobar que no fue seguida de una actuación comercial, como era habitual cuando se requería un listado de clientela de esa naturaleza.

Contribuye también a la duda fáctica la razonable consideración de que, aunque JOB confíe la distribución de su producto a intermediarios independientes, le resultaba cuando menos conveniente el conocimiento de ese listado selectivo a fin de darlo a conocer a esos agentes externos, a fin de que éstos dirigieran su actuación comercial hacia un destinatario ya fiel al producto.

NOVENO. Ciertos hechos alegados en el recurso constituyen cuestiones nuevas (que no hechos de nueva producción, pues resultan de informes aportados con la demanda), tardíamente introducidos en el debate y que por tal motivo no merecen consideración so pena de perjudicar el derecho de defensa. En particular, la denuncia referida al taponamiento del canal (introducción por JOB de importantes stocks de producto en las farmacias, superior al normal ritmo de adquisición de los consumidores, a bajo precio y con obsequios, con el consiguiente riesgo de devolución en caso de no venderse en tiempo razonable).

Esa argumentación, en la medida en que se introduce como nuevo hecho constitutivo de la pretensión, al igual que la referida a la orden o mandato del Sr. Luis Carlos a sus subordinados para no vender o disminuir la venta de cepillos FKD (que LK alternaba con la distribución del cepillo Butler, y que motivó la demanda por incumplimiento contractual), contraría el principio de preclusión y el de congruencia tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia, que impone que las sentencias han de estar directamente ligadas a la demanda como en su momento se formuló, quedando con ello acotado el objeto de la litis (SS TS 9-12-1981, 25-2-1983, 17-2-1992 ...), doctrina que es fiel reflejo del principio prohibitivo de la mutatio libelli. Principios que



a la postre tienden a evitar la indefensión, que se produciría si la sentencia juzga en base a hechos que no han sido oportunamente alegados y por ello correctamente introducidos en el objeto del litigio, impidiendo al demandado la oportunidad de rebatirlos y de proponer prueba para desvirtuarlos.

DÉCIMO. La inducción a la infracción contractual ejercida sobre el ex empleado Sr. Cornelio a fin de que revelara a JOB información confidencial, representada por el estuche promocional del cepillo Kin y la "documentación del ciclo" del primer trimestre de 2001 (art. 14.1 LCD), y la consiguiente explotación por JOB de esa información adquirida ilegítimamente (art. 13 LCD), fue cuestión correctamente tratada por la Sentencia de primera instancia, a partir de la prueba practicada.

El cepillo Kin y la documentación al mismo referida, cuya entrega se admite por el Sr. Juan Pedro cuando éste ya estaba en la nómina de JOB y el primero permanecía en la de LK, carece del carácter de **secreto** al haber sido divulgado dicho cepillo en el mes de noviembre anterior (la entrega se efectuó el 19 de enero de 2001).

Disentimos, no obstante, de la naturaleza de **secreto empresarial** que la Sra. Juez concede a la "documentación del ciclo", que por lo que los autos revelan incorpora el programa de trabajo a desarrollar por la red comercial en un período acotado (trimestre o cuatrimestre), conteniendo las acciones comerciales programadas, nuevos lanzamientos y estrategias de marketing, y que se ejecuta inmediatamente por las fuerzas de venta, por lo que se revela en el mercado al implementarse, en este caso a principios de enero de 2001 (cuando la supuesta entrega se produjo el 19 de enero). Se trata de una documentación, según informó el director general de LK Sr. Everardo que se proporciona a los vendedores, que éstos se llevan a sus domicilios particulares y que no está marcada como confidencial, por lo que difícilmente podemos atribuir a la misma el carácter de **secreto empresarial**, aparte que la divulgación o entrega por el Sr. Cornelio al Sr. Juan Pedro no ha quedado plenamente probada, tal como razona la Sentencia en el f. 9, a cuyo contenido nos remitimos.

DECIMO-PRIMERO. La divulgación de otros **secretos empresariales**, no concretados pero integrados en lo que la actora califica como know-how de técnicas comerciales, es reiterada en el recurso, ahora como supuesto de espionaje perpetrado por el Sr. Juan Pedro desde su posición en el comité de directores (f. 29 del recurso), órgano interno de LK en el que se coordinaban y definían las estrategias comerciales de la empresa.

La falta de concreción de esas estrategias o conocimientos, adquiridos por dicho codemandado con motivo de su participación en el indicado órgano y que habrían sido transmitidas a JOB, impide aceptar, de entrada, la existencia de un **secreto empresarial**, sin que el hecho de intervenir en ese comité de dirección y luego pasar a prestar servicios en una empresa de la competencia pueda estimarse, per se, tal como parece pretender la actora, un acto de **competencia desleal**.

DECIMO-SEGUNDO. I) Como indicábamos en el Auto que confirmaba la denegación de medidas cautelares, fue preocupación del legislador evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales (según reza la Exposición de Motivos de la Ley), razón por la cual deben calificarse los ilícitos concurrenciales conforme a las normas que los tipifican y no otras, y menos con interpretaciones extensivas.

El art. 14 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), 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 de terminar regularmente la vigencia de ese vínculo, siempre que la inducción tenga por fin difundir o explotar un **secreto** industrial o eliminar a un competidor del mercado o vaya facilitada por instrumentos tales como el engaño u otros análogos.

La mera captación de trabajadores del competidor no es por ello desleal, a menos que vaya acompañada de las circunstancias indicadas por la norma.

Esa inducción, ejercida por JOB sobre los codemandados Sres. Jose Francisco , Luis Carlos y Juan Pedro , o por el primero de ellos sobre los otros dos, o por todos ellos sobre los demás empleados de LK que pasaron a formar parte de su nómina, es descartable por los motivos que apunta la Sentencia, siendo inatendible la deslealtad representada por la finalidad de explotar un **secreto empresarial**, por las razones expuestas.

II) El engaño empleado para la captación del personal del área comercial de LK se identifica en la demanda con lo que se califican como actos de denigración dirigidos hacia la nueva dirección, el proyecto **empresarial** y sobre la viabilidad de la propia empresa tras la pérdida de la distribución de productos Butler, por boca de los Sres, Luis Carlos y Juan Pedro durante los primeros meses de 2000.

Varios testigos trabajadores de LK que no se incorporaron a JOB (Don. Jose Pablo , Federico , Íñigo , Carmen , Sebastián) afirmaron en el acto del juicio que los Sres. Juan Pedro y Luis Carlos vertían manifestaciones denigratorias hacia la presidencia, la dirección general y la nueva política de organización comercial interna



diseñada por el nuevo director general Don. Everardo , y sembraban, en fin, incertidumbre sobre el futuro de la empresa. Don. Jose Pablo , que ingresó en la compañía en junio de 2000 en sustitución del Sr. Luis Carlos , permaneciendo en ella seis meses (hasta enero de 2001) confirmó que a su llegada se encontró con una red de vendedores desmotivada y preocupada por la viabilidad del proyecto **empresarial**.

Por su parte, el Sr. Salamanca, que fue supervisor de Andalucía y Canarias (y que abandonó LK para pasarse a otra compañía) califica esos comentarios como rumores, niega haber sido inducido a salir de LK y haber recibido oferta alguna en ese sentido y, en cuanto al acta de manifestaciones que otorgó ante Notario (en la que manifiesta que el Sr. Luis Carlos contactó con delegados de LK una vez estaba en Butler, después de mayo 2000, y que dicho Sr. Luis Carlos le comentó la mala previsión económica de la sociedad), señala que en un principio se negó a firmarla pero que lo hizo ante la insistencia de la dirección de LK, porque "se vio con la sogá al cuello"...

El Sr. Adolfo , que abandonó LK en septiembre para pasar a trabajar en una tercera empresa del sector, advirtió el ambiente de crítica existente a la sazón por la nueva política comercial de la empresa y la desmotivación de los comerciales, entre otras razones, por no alcanzar los incentivos.

Por su parte, los trabajadores que pasaron a LK coinciden en afirmar su descontento en el seno de la empresa por el cambio operado en la dirección de la misma y la incertidumbre que suponía la pérdida de la distribución de los productos Butler.

Ese clima laboral en LK se explica por el siguiente contexto:

A finales de 1998 se incorpora a un nuevo director comercial, el Sr. Everardo , luego ascendido a director general en noviembre de 1999 (según admite LK al f. 48 de su recurso), que realiza cambios organizativos internos (en particular la separación de divisiones comerciales) que, según se advierte por las declaraciones de los testigos, generó críticas en la red comercial.

A principios de 1999, tras el fallecimiento del presidente de la compañía Sr. D. Guillermo , es designado nuevo presidente su hijo D. Mauricio , iniciándose entonces el procedimiento arbitral por la denuncia de incumplimiento de Butler. Ese procedimiento, según admite la propia actora, supuso el total colapso administrativo de la compañía y gastos desmesurados (f. 15 de la demanda), siendo conocido el hecho por el cuadro de empleados, entre los cuales, lógicamente, se generó una preocupación por su desenlace (la distribución proporcionaba a LK una facturación de 300 millones de pts. anuales), que se agrava con el conocimiento de la condena de Butler, siendo a la sazón sustituido el hermano del nuevo presidente por el Sr. Everardo en la dirección comercial de la compañía.

Atendido ese contexto no es ilógico concluir un previo ambiente de preocupación en cuerpo laboral comercial de LK, como los testigos admiten y corrobora el propio Don. Jose Pablo , que se encontró con una red comercial desmotivada y desmoralizada, abandonando aquél la compañía a los pocos meses de llegar.

Así mismo, en el Auto que resolvía el recurso de apelación en el proceso cautelar recogíamos una manifestación de la propia apelante (f. 128 de su recurso) en el sentido de que la pérdida de su fuerza de ventas tiene lugar en un momento tan delicado de su trayectoria **empresarial**, en que necesita recuperar a la mayor brevedad un 17 % de su facturación, con riesgo de cierre de la empresa si no lo consigue.

En esa situación, y atendidas las versiones de los testigos, las críticas de los Sres. Juan Pedro y Luis Carlos hacia la política organizativa interna de la nueva dirección y su negativa visión sobre el futuro de la compañía (que había perdido una importante fuente de facturación y había sido condenada a pagar más de un millón de dólares), no estimamos que posean entidad suficiente para constituir el engaño de que habla la norma en cuanto artificio mediante el cual se provoca en los empleados la decisión de abandonar la compañía para pasarse a JOB, o simplemente para dejar la compañía. Al margen de que la crítica era relativamente compartida (pues parte de los empleados no supieron ver ventaja alguna en la separación de divisiones) y que, per se, no puede considerarse engañosa en cuanto juicio personal sobre una política comercial, la desmotivación nace de una situación objetivamente idónea para provocarla, prolongada a lo largo del tiempo (1999 y primer semestre de 2000), a raíz de la inexorable pérdida de la distribución de Butler y de un clima interno enrarecido por los cambios de dirección y organización.

DECIMO-TERCERO. La intención de eliminar a LK como competidor se anuda a la captación masiva de trabajadores de su red comercial.

Con todo, tampoco esa finalidad ha quedado acreditada. Admitida la alta rotación laboral en el sector, según resulta del documento nº. 46 aportado en el acto del juicio (al que se refiere la Sentencia) seis trabajadores de LK causan baja a lo largo de 1999, ocho durante 2000 y 18 durante 2001 (sin contar los doce que pasaron



a JOB en 2000 y 2001). De un total de 42 empleados que han causado baja en tal período, doce han pasado a LK y hasta 15 han cambiado a otras empresas.

De la demanda extraemos además otro dato significativo: los trabajadores que pasan a JOB suponen el 26 % de la plantilla comercial de LK (f. 58).

Así mismo, debe aceptarse la existencia de un proceso público de selección suficientemente acreditado (nos remitimos en este extremo a cuanto razona la Sentencia en f. 16 y 17), a lo que se añade el hecho de que algunos trabajadores de LK que concursaron en ese proceso no fueron elegidos (es el caso de Doña. Carmen). Otro dato más (aunque no sea determinante) hay que tener en cuenta y es que la propia LK reconoce que tras esa captación masiva de empleados ha incrementado su facturación en el ejercicio de 2000 (con respecto al de 1999) y así mismo en el de 2001 (f. 850 de los autos y f. 607), ha iniciado su entrada en Hispanoamérica (f. 607) y ha recuperado con sus propios productos la facturación que antes representaba la distribución de productos Butler (f. 607; también en este mismo sentido f. 71 del recurso y 54 de la demanda).

Con todo, no puede estimarse probada la conducta de instigación o determinación a extinguir el contrato de trabajo, ni la alegada intención de eliminarle como competidor.

DECIMO-CUARTO. Por último, como ya explica la Sentencia apelada, para que opere el artículo 5 LCD es necesario que concurran unos elementos que no sean los mismos que integran los tipos perfilados en otros preceptos de la Ley 3/1991 , de modo que si el comportamiento enjuiciado supera el juicio de valor que le corresponde a la luz de alguno de estos otros artículos, no cabe, por ser contrario a la función del texto legal (que, según su preámbulo, contiene 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), considerarlo desleal en aplicación del artículo 5 , mediante la aplicación de una exigencia de antijuridicidad degradada.

DECIMO-QUINTO. Como se ha anunciado, no se hará imposición de costas, atendidas las dudas fácticas que, en ciertos extremos, plantea el litigio.

Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes y demás de pertinente aplicación

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de LABORATORIOS KIN S.A. contra la Sentencia dictada en fecha 14 de mayo de 2002 en autos de los que dimana este Rollo, que revocamos únicamente en el pronunciamiento relativo a las costas del proceso, que no imponemos a ninguna de las partes en ninguna de las dos instancias.

Líbrese certificación de la presente y remítase al Juzgado de origen a los efectos pertinentes junto con los autos originales.

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