

**A. DERECHO
CIVIL**

**APROVECHAMIENTO DE LA REPUTACIÓN
AJENA Y COMPETENCIA DESLEAL**

**Núm.
116/2001**

José Manuel SUÁREZ ROBLADANO
Magistrado

• **ENUNCIADO:**

Con ocasión de trabajar tres personas como empleados de una caja de ahorros, desempeñando respectivamente en ella las funciones de Coordinador de Zona, Director de la Oficina Principal así como Jefe de Producción y Adjunto de la Dirección, hasta su cese en ella ocurrido el 25 de junio de 1993, fecha en la que cesaron voluntariamente. Otro banco distinto abrió en el mes de septiembre de 1993 otra oficina diferente añadiendo a su plantilla, integrada por una sola persona, a los tres referidos empleados anteriores de la caja. Los tres ex empleados del banco, haciendo uso del listado de clientes de su antigua empresa en la que figuran nombres y domicilios, así como el pasivo concertado con la caja y sus condiciones principales, como vencimientos de los depósitos, y tipos de interés pactados se dirigen a ellos en número al menos de 270, obteniendo la captación de pasivo.

El abogado encargado de redactar la demanda sobre posibles actos de competencia desleal duda sobre si fundar la pretensión judicialmente planteada en la violación de los secretos de empresa o en la exigencia general de buena fe que ha de regir la competencia empresarial.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

a) Los listados de clientes o cartera de clientes de las empresas en relación con la competencia desleal.

b) ¿Debe basarse la reclamación judicial en la existencia de actos contrarios a la buena fe empresarial al aprovecharse de la cartera de clientes creada por la iniciativa, la inversión y el trabajo de otra empresa diferente?

• **SOLUCIÓN:**

a) La lista de clientes de una entidad bancaria, o de cualquier otra entidad empresarial, es accesible a todo el personal directivo. Es indudable que la clientela es un elemento esencial de la empresa y de toda actividad comercial. Lo que es dudoso es si, además, tiene la categoría de secreto empresarial, como así lo sostiene la parte demandante y estiman las sentencias de instancia. El Tribunal Supremo (TS) no admite esta calificación: el listado o la relación de la clientela no es un secreto empresarial. Sin embargo, el hecho del empleado o empleados de una empresa, que inducidos por otra, de la compe-

tencia, aprovechan el listado de la clientela de la primera para hacer ofrecimiento de los servicios de la segunda, considera que son objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe, tal como contempla el artículo 5.º de la Ley. Es decir, los hechos referidos no son violación de secretos sino actos de mala fe; son actos de competencia desleal, no por lo previsto en los artículos 13.1 y 14.2 de la Ley, sino por ser objetivamente contrarios a la buena fe, como prevé el artículo 5.º de esta Ley de competencia desleal, que no es sino la derivación del principio general de la buena fe, que proclama el artículo 7.º 1 del Código Civil y que es la base de la normativa jurídica y de la convivencia social.

b) Debe tenerse en cuenta, además, que el TS, en Sentencia de 11 de octubre de 1999 dice, en su fundamento cuarto: «hay que partir del principio constitucional de libertad de empresa y del principio económico de libre competencia, uno y otro de acuerdo con la ley, con las limitaciones que ésta pueda imponer. La sociedad demandante y recurrente en casación no puede impedir a un empleado suyo code mandado que deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante, para la que precisamente estaba profesionalmente preparado: no había previsto en su contrato de trabajo una cláusula de no concurrencia y no es posible jurídicamente coartar la profesión ajena; tampoco puede impedir que se constituya una sociedad que tenga una actividad en parte coincidente con la suya; por último, no puede evitar que aquel empleado pase a desarrollar su actividad profesional en esta nueva empresa». Pero en el caso presente, la cuestión fáctica es distinta y a la vista de los hechos que se han acreditado debe mantenerse la realidad de la competencia desleal por la conducta objetivamente contraria a la buena fe.

Pero, asimismo, ha de estimarse que no hay tal violación de secretos y que la actuación de los ex empleados es constitutiva de competencia desleal no por aplicación de los artículos 13 y 14, sino del artículo 5.º (Ley de Competencia Desleal) en cuanto reitera el principio de buena fe en el mundo del derecho y lo impone en las relaciones jurídicas de la competencia, ya que se estima, como así ocurre, que es competencia desleal por comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Se ha de estimar que se ha producido una actuación de competencia desleal por todos los demandados que observaron el comportamiento descrito y que debe ser calificado como objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

Respecto de la posible aplicación al caso del artículo 18.6.º, de la Ley de Competencia Desleal, que contempla, como derivada de la misma, la acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico, ha de indicarse que esta acción no es de enriquecimiento injusto propiamente dicho y en el sentido preciso que tiene en el Derecho Civil, como principio general del derecho y fuente de la obligación de reparar y restituir la atribución patrimonial que se ha producido sin causa, siempre como acción subsidiaria en el sentido de aplicarse cuando no haya ley que conceda una acción específica (así, Sentencia de 19 de febrero de 1999). Ninguno de tales presupuestos se da en el caso o supuesto planteados, siendo improcedente su aplicación por ello mismo.

Conviene recordar, asimismo, que la Sentencia de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 29 de junio de 1999 estimó al respecto que:

«1.º Mientras que la entidad demandante ha reproducido ante la Sala la integridad de las pretensiones por ella formuladas en la demanda rectora del procedimiento sustanciado, los demandados coapelantes, a su vez, cuestionan la no imposición de las costas de la instancia a la demandante que vio desestimadas las pretensiones por ella formuladas en aquélla en su integridad, al ser evidente la

competencia de la jurisdicción civil para conocer del asunto, como razona la Juez *a quo* y como se deriva de la norma específica del art. 20 de la Ley especial. Las susodichas pretensiones se fundaron en las bases jurídicas conformadas por las disposiciones al efecto establecidas en los arts. 18.1.º y 5.º de la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991, a saber, las acciones declarativa de la deslealtad del acto realizado por subsistir la perturbación creada y la derivada de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. Frente a las pretensiones formuladas oralmente por ambas partes en el acto público de la vista del recurso de apelación celebrado ante el Tribunal, la revisión íntegra y detenida de los autos acredita la certeza de las apreciaciones fácticas contenidas en el tercero de los fundamentos de la Sentencia impugnada, debiendo destacarse, en principio, una falta de acreditamiento o prueba suficiente en derecho y conforme a las exigencias derivadas del art. 1.214 del Código Civil sobre la existencia de práctica desleal que sea causa de las bajas de clientes de la actora habidas en los meses de febrero de 1996 y siguientes, si no fuera por lo que luego se razona. Ha de recordarse, igualmente, que el ofrecimiento de servicios a algunos clientes anteriores de la actora, una vez que la sociedad SNT, S.L. se constituyó con anteriores empleados de aquella, por sí sola, no entraña ninguna de las conductas de deslealtad comercial sancionadas en los arts. 5.º y ss. de la Ley arriba citada, específicamente los consistentes en la denigración del crédito mercantil de la actora o la explotación o aprovechamiento indebido de la reputación comercial ajena.

2.º No obstante, las posteriores bajas habidas y altas subsiguientes en la sociedad codemandada -relatadas en el apartado 10 del comentado fundamento jurídico de la Sentencia impugnada- suponen el uso indispensable y no autorizado del listado de clientes obtenido de la empresa recurrente y demandante ya que sólo con tal anómala y desleal actuación es posible el conocimiento de las direcciones de las empresas relacionadas en tal apartado y el ofrecimiento concurrencial con la actora de los servicios similares de la sociedad codemandada citada, todo ello con independencia de la mayor o menor competencia profesional de la sociedad actora. El punto 11 de dicho fundamento completa la apreciación que se acaba de realizar, integrante de una conducta de aprovechamiento indebido de la reputación comercial de la actora, en concreto de la cartera o listado de clientes obtenido y utilizado por la sociedad codemandada sin el consentimiento de la actora, apropiándose del listado utilizado merced a su anterior empleo en la empresa demandante y del que hizo uso indebido con la finalidad de captar la misma clientela de la actora, conseguida merced a su sola reputación en el mercado, con la finalidad de crear el mercado de la sociedad anteriormente creada por los ex empleados y luego administradores de la sociedad codemandada, eludiendo el mero esfuerzo comercial y buen hacer profesional en el sector concurrente para crear su cartera de clientes propia. Ante ello, y pese a las declaraciones de algunos testigos en el sentido de haberse pasado a la empresa de asesoramiento codemandada por las deficiencias de funcionamiento de la actora, no puede prevalecer la apreciación de la Juzgadora *a quo* -contenida en el 4.º fundamento jurídico de la resolución impugnada- en el sentido de haber existido mera atracción pura y sin actos de competencia desleal de clientela ajena puesto que, además de reconocerse en la propia Sentencia dictada en la instancia que los demandados procedieron a constituir una empresa propia "haciendo saber simplemente a los clientes de la empresa para la que trabajaban tal propósito, comunicando su cese en ésta" y -en el apartado de las costas y para no imponerlas a la actora perdedora del proceso por ella instado- que las razones de la no imposición consisten "en la realidad del daño o menoscabo sufrido por la demandante, que se ha visto privada de parte de su clientela, y *el hecho de que los demandados hayan aprovechado o utilizado su conocimiento y relaciones con los clientes adquiridos durante el tiempo en que trabajaron*

para la actora", es lo cierto que tal aprovechamiento del esfuerzo comercial, de inversión y de la propia cartera de clientes de la actora ha de incardinarse, necesariamente, en el acto de competencia desleal tipificado específicamente en el art. 12 de la Ley de Competencia Desleal. En el apuntado sentido, se ha venido entendiendo que existe tal aprovechamiento de la reputación conseguida por otro empresario en el mismo sector cuando los demandados, prevaleciendo del trato que tenían con los clientes de la sociedad actora, comenzaron a captarlos para la sociedad que proyectaban constituir cuando todavía estaban prestando sus servicios para la sociedad actora pues de lo contrario no se explica que la nueva sociedad, constituida por los demandados y otras personas, naciera con buena parte de los clientes de la sociedad actora, práctica que, aunque se hiciera usando términos claramente comprensibles para los clientes, evitando la creación de confusión en ellos, ha de pensarse que vulnera objetivamente las exigencias de la buena fe pues supone desviar la cartera de clientes, desde la propia infraestructura de la sociedad actora, hacia una nueva empresa proyectada para concurrir en el mercado con la misma actividad. No existiendo pacto laboral alguno de no concurrencia parece perfectamente legítimo el que los demandados decidieran establecerse por su cuenta asumiendo los riesgos naturales de toda empresa y nada habría que objetar, aunque hubieran terminado desbancando en el mercado a la actora, a que concurrieran en dicho mercado con sus propios medios empresariales, pero los demandados se aseguraron previamente el éxito de su proyecto, concurriendo de hecho en el mercado, para captar a los clientes, antes de constituirse formalmente y cuando todavía estaban trabajando para la sociedad demandante. Todo lo cual, evidencia que anteriormente, cuando todavía trabajaban para la sociedad actora, aprovecharon el trato con los clientes para concertar con ellos nuevas relaciones comerciales pero ya no con la sociedad actora sino con la que los demandados, junto con otros, pensaban constituir, actitud que debe considerarse contraria a las exigencias de la buena fe, aunque no fuera acompañada de informaciones falsas o de actos susceptibles de generar confusión. Y esto es así incluso sin contar con el hecho de que los demandados dispusieron a su antojo de la documentación y datos en poder de la sociedad actora.

3.º Sin que tales consideraciones hayan de alcanzar, ante la duda existente y merced a lo establecido en el art. 1.214 del Código Civil, al codemandado D. TRGD -mero trabajador por cuenta ajena de la sociedad demandada, que antes prestó sus servicios en la actora-, es lo cierto que el problema derivado de tal actuar doloso de los otros codemandados ha producido un descenso acusado e importante de la cartera de clientes antes existente en la sociedad actora, debiendo establecerse la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios derivados de la conducta de competencia desleal anteriormente descrita. No se nos oculta la dificultad de dicha fijación, como ocurre en todos los supuestos similares al aquí contemplado, en el que la real captación de clientes de la cartera ya existente resulta difícil de acreditar. Pero, constatada indudablemente, dicha captación irregular y con prevalimiento del esfuerzo empresarial ajeno, es lo cierto que ha de fijarse la oportuna indemnización. La sociedad demandante estimó que había dejado de facturar unos 25 millones de ptas. anualmente, estimando los perjuicios en la cifra superior de 35 millones de ptas. por lucro cesante o ganancia dejada de obtener en ponderación derivada del tiempo de vigencia media que restaba hasta su normal extinción de los contratos con los clientes desviados, fijándose el período de causación de los daños hasta junio o septiembre de 1996. No parece imprudente cuantificar los perjuicios siguiendo tal criterio, corregido con las fechas acreditadas en los autos de verdadera dejación o abandono de los servicios de la demandante por los clientes captados irregularmente por los demandados responsables, y cuyo abandono se haya acreditado en el proceso, todo ello corroborado con la correspon-

diente pericial contable que se practique en el incidente liquidatorio de la Sentencia en atención a lo prevenido sobre el particular en los arts. 360 y 928 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniéndose en cuenta el perjuicio sufrido por la actora en dicho período o descenso de clientela en concepto de lucro cesante padecido a consecuencia de lo ocurrido (art. 1.106 del Código Civil)».

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **SSTS de 11 de julio y de 29 de octubre de 1999.**
- **SSAP de Huesca de 21 de enero de 1995, Valladolid de 31 de octubre de 2000, Huesca de 23 de octubre de 2000, Burgos (Secc. 3.ª) de 30 de enero de 2001, Palencia de 29 de enero de 2001 y Valencia (Secc. 6.ª) de 8 de junio de 2000.**
- **Ley 3/1991 (Competencia Desleal), arts. 5.º, 12 y 18.6.**
- **Código Civil, arts. 7.º 1 y 1.106.**