

COMPETENCIA DESLEAL POR MEDIO DE CAPTACIÓN ILÍCITA DE CLIENTELA AJENA

JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLEDANO
Magistrado

Palabras clave: competencia desleal, captación de clientela.

ENUNCIADO

Una sociedad anónima dedicada al mantenimiento de ascensores venía desarrollando normalmente su actividad comercial y de prestación de servicios a los clientes desde hacía más de veinte años. En un momento determinado, dos empleados que antes pertenecieron a dicha sociedad procedieron a realizar diversas actividades de captación de clientes de la primera, tras constituir otra sociedad dedicada a la misma actividad que la primera.

Se estimaba, en el dictamen previo solicitado a un despacho de abogados, que sería preciso constatar la clara existencia de actividad de captación de clientes utilizando medios de los que dispusieron los empleados anteriores sin autorización de la sociedad perjudicada y sin su trabajo, dedicación y mérito comercial propios.

Se plantean diversas hipótesis en el citado dictamen interesado que han de ser solventadas con la propia respuesta motivada que se dé a las cuestiones propuestas, debiendo considerarse la posibilidad de atender a la valoración de las circunstancias concurrentes partiendo del concepto genérico de la buena fe objetiva en la competencia desleal así como a cuándo la concurrencia será lícita en supuestos similares.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Resulta exigible la previa existencia de actividad concurrencial lícita, aunque luego devenga en ilícita, para poder apreciar el supuesto de aprovechamiento de la reputación ajena como supuesto de competencia desleal?

2. ¿Cuáles son los problemas que puede plantear la figura genérica de la buena fe objetiva en el tráfico comercial y en la competencia desleal?
3. ¿Puede producirse una actividad de competencia no desleal aun dedicándose los antiguos socios a la misma actividad que la de la sociedad a la que antes habían pertenecido, suponiendo que no haya pacto de no concurrencia?

SOLUCIÓN

1. La necesidad de existencia de una previa actuación que se pueda incardinar en la propia actividad de competencia o concurrencia empresarial lícita, que luego pueda devenir en ilícita o desleal, no es requisito inexcusable de la declaración de una actividad empresarial o conducta como desleal y contraria al ordenamiento jurídico, cuando de actos de aprovechamiento de la reputación ajena se trate.

Así, se precisa constatar el uso indebido de la información obtenida de la propia empresa o sociedad con la que se viene a competir. Será importante comprobar si concurre y se prueba, en definitiva, una conducta e indicios consistentes en que los demandados hayan conseguido captar toda o la mayor parte de la clientela que tenía la empresa para la que prestaban servicios con anterioridad, y lo hayan conseguido en un plazo muy breve, lo que es indiciario de haber utilizado listados, contratos y otros datos del fondo de comercio de la empresa demandante.

El denominado aprovechamiento de la reputación ajena, como supuesto de competencia desleal, resulta así diferente de otros supuestos contemplados en la Ley de Competencia Desleal de 1991, tales como el de inducción a la infracción de los deberes básicos con los clientes del artículo 14 de dicha ley por inducción a la terminación regular de un contrato, ya que ha de ir dirigida o tener por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o industrial o ir acompañado de engaño o de la intención de eliminar del mercado a un competidor u otras análogas. No puede olvidarse, al tratar de estas a veces complejas cuestiones relacionadas con la competencia desleal, que en principio, la lucha por la captación de la clientela es lícita, y razones de eficiencia económica la justifican. La deslealtad ha de derivar de los medios utilizados.

También es diferente dicho aprovechamiento indebido de la conducta contemplada en el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal, consistente en la violación de secretos que califica una conducta como desleal, exigiendo dicha tipología del ilícito concurrencial que sobre los demandados exista o recaiga un especial deber de reserva o que se trate de secretos empresariales, por lo que no serán tales si la empresa no la consideró así al no adoptar medida alguna para salvaguardarla o protegerla.

Por otro lado, y aquí ya se ha de centrar la cuestión planteada, en el caso de los actos de imitación de que trata el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal que se señalan (modelos de contrato ordinario y completo de conservación, «contrato a todo riesgo»), aun cuando solo pueden ser constitutivos de deslealtad si tal imitación es idónea para generar asociación o comporta un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, dado que, como el propio precepto señala, la imitación de prestaciones o de iniciativas ajenas es libre, salvo que «estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley», o bien sea idónea la imitación para generar asociación o comporte un aprovechamiento indebido de la

reputación o del esfuerzo ajeno, a menos que tales aprovechamientos de la reputación o el riesgo de asociación sean inevitables, o se trate de una imitación sistemática encaminada a impedir u obstaculizar la afirmación de un competidor en el mercado y exceda de la que pueda reputarse «respuesta natural del mercado». En el caso, supuesto que cabe subsumir la imitación de los modelos contractuales, en cuanto implican modulación o conformación de ciertas prestaciones y establecen las relativas contra-prestaciones y las atribuciones de riesgos, como imitación de prestaciones e iniciativas empresariales, esto es, lo que la doctrina ha calificado como «reproducción idéntica o sustancialmente similar de los resultados del trabajo ajeno», lo que incluye productos, servicios, estrategias publicitarias, comerciales, de financiación o de organización, cualquiera que sea su naturaleza o su forma de exteriorización, podría verse un aprovechamiento del esfuerzo ajeno, que no es descartable por el mero hecho de que no esté amparada por un derecho de exclusiva, cuyo criterio no se puede compartir. Los demandados se han apropiado, mediante procedimientos técnicos de reproducción y sin sacrificio alguno por su parte, del trabajo de un tercero, explotándolo en el mercado, y ello, en las condiciones en que se ha producido, constituye un supuesto de competencias desleal. No negado en absoluto el aprovechamiento, aunque no se estime deslealtad por carecer la actora de un derecho de exclusiva, lo que no es decisivo, pues, como se deduce de la expresión adversativa con que se abre el artículo 11.2, además de los supuestos de un derecho de exclusiva (art. 11.1), la imitación de prestaciones se reputará desleal, entre otros casos, en aquellos en que implique aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

2. Cuando se trate de presumibles actos de competencia desleal empresarial, hay que tratar el juego o la eficacia de la denominada buena fe objetiva a la que se refiere el artículo 5.º de la Ley de Competencia Desleal que, como se sabe, dispone que «Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe».

En ese sentido, la doctrina más reciente no considera correcta una interpretación que no aplique el artículo 5.º citado al supuesto de autos, porque «la indefinición y amplitud» de la cláusula general que contiene el precepto requiera una concreción a través del modelo de constitución económica y, en la perspectiva de un sistema regido por la libertad de empresa en el marco de un estado en el que se garantiza la defensa y protección de los consumidores y usuarios de los poderes públicos (art. 41 CE) «la atracción de clientela ajena, en principio, no supone actividad desleal, pues dicha clientela no constituye patrimonio exclusivo, a no ser que se lleve a cabo mediante actos contrarios a la buena fe, de confusión, engaño, imitación, explotación de reputación ajena, etc.». Tal razonamiento implica una petición de principio, pues se trata precisamente de determinar si la captación de la clientela se ha producido mediante actos contrarios a la buena fe, y además supone una concepción del sentido y alcance del artículo 5.º citado que no se puede compartir.

La correcta aplicación de dicho artículo 5.º, cuando los hechos apreciados apuntan, sobre todo, al dato de que en pocos días después del cese como empleados de la empresa actora, los demandados consiguieron captar a 86 clientes de los 220 que tenía la empresa (casi el 40%) para una sociedad que habían constituido previamente con el mismo objeto que el que tenía la sociedad a la que servían, en una gestión cuyo desarrollo, en la generalidad de los casos, supone contactos previos, desarrollados cuando estaban en la misma empresa, pues de otro modo no parece posible conseguir tal éxito en quince días naturales, cuando, además, se han tenido que someter a la decisión de la Juntas de Propietarios de las Comunidades en Propiedad Horizontal. Tal captación se produce utilizando las listas de clientes, los conocimientos y relaciones de la propia empresa, por más que no constituyan verdaderos «secretos»

cuya violación pueda subsumirse en el artículo 13 de la ley, y mediante una inducción o, al menos, una incitación a la ruptura de las relaciones contractuales previamente establecidas, fondo de comercio de la sociedad hoy recurrente que, desde luego, utilizan los ex-empleados demandados, y que es apreciable, aun cuando no se considere un caso de inducción a la infracción contractual exactamente subsumible en el artículo 14 de la ley. La cuestión estriba, pues, en decidir si, no obstante la improcedencia de la aplicación de los artículos 13 y 14 referidos, puede la conducta de los demandados ser calificada como desleal por aplicación del artículo 5.º de la misma (además de por razón de la subsunción en el art. 11, como ya se ha dicho).

La doctrina jurisprudencial aplicable al caso estima que la cláusula general del artículo 5.º citado no formula, como han dicho las Sentencias de 24 de noviembre de 2006 y 23 de marzo de 2007, entre otras, un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, en las que van a ser tipificados los actos o comportamientos de competencia desleal en particular, sino que establece una verdadera norma jurídica en sentido técnico, esto es, lo que la doctrina ha calificado como «una norma completa de la que derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como sucede con el artículo 7.º 1 del Código Civil». La cláusula general tipifica un comportamiento de competencia desleal, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto. Por tanto, esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican actos en particular, sino que la aplicación ha de realizarse 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. Consecuencia de todo ello es que el recurso al artículo 5.º obliga a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta, y a este efecto hay que partir (SSTS de 6 de junio de 1997, 11 de octubre de 1999, 14 de marzo de 2007, etc.) de los principios constitucionales de libertad de empresa (art. 38 CE) y de derecho del trabajo (art. 35 de la misma), entre otros, como la protección de consumidores (art. 51 también de la misma), pues el artículo 5.º de la Ley de Competencia Desleal establece un límite jurídico al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica en el mercado, esto es, un derecho de acceso al ámbito de desarrollo de la iniciativa económica privada sobre producción e intercambio de bienes y/o servicios, al ámbito de desarrollo de actividad productiva por cuenta ajena o propia, derecho que no puede ejercitarse a través de determinados comportamientos que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado. A partir de esta idea de principio, se ha de concretar el contenido normativo de la cláusula general, en primer lugar, a través de los principios acogidos en las normas que tipifican supuestos de hecho como actos de competencia desleal (conductas que frustran o dificultan la libre formación de preferencias o restan transparencia al mercado; o constituyen técnicas de presión sobre el consumidor, o implican el expolio o aprovechamiento del esfuerzo ajeno y de sus resultados; o constituyen conductas predatorias, etc.).

Sin perjuicio de todo ello, hay que tener en cuenta a continuación los imperativos éticos de orden general, esto es, la buena fe en sentido objetivo (SSTS de 20 de marzo de 1996, 15 de abril de 1998, 16 de junio de 2000, 19 de abril de 2002, 14 de marzo de 2007, etc.), como «una exigencia ética significada por los valores de honradez, lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y el atenerse a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena». Esta atención a los límites éticos de carácter general ha de entenderse subordinada a las exigencias directamente derivadas del principio de competencia económica, pues no debe reprimirse con el mero apoyo de límites éticos una conducta «que se revele concurrentialmente eficiente,

que promueva las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado». Pero es claro que, en el supuesto analizado, no se ha producido una concurrencia eficiente por méritos, sino mediante actuaciones que, incorrectas o irregulares desde el punto de vista de la buena fe en sentido objetivo, alteran la estructura competitiva o el normal funcionamiento del mercado.

3. Nos recuerda la doctrina jurisprudencial, en torno a la competencia desleal y por lo que se refiere a la captación de clientela por el competidor, que desde esta perspectiva, la constitución de una entidad mercantil (la Sociedad Anónima Laboral), la captación de clientela, que no puede haberse producido con anterioridad puesto que la misma sentencia señala que cuando se inician las actividades de la sociedad carece de cartera de clientes, el hecho de haber utilizado los conocimientos adquiridos desde el puesto de Director Comercial, la política de precios descrita, y los comportamientos que se señalan en la sentencia, no pueden ser subsumidos en la cláusula general del artículo 5.º de la Ley de Competencia Desleal, y desde este punto de vista, sin perjuicio de lo que quepa concluir del examen de cada una de las conductas tipificadas en relación con la respectiva norma de tipificación, la aplicación del artículo 5.º referido solo podría basarse en los límites éticos generales, que se reconducen a los buenos usos y prácticas mercantiles, pero que no afectan a la estructura competitiva ni al normal funcionamiento del mercado, lo que no es suficiente para considerar que se ha producido una competencia desleal, y habrá de estarse, en su caso, a las conductas tipificadas en concreto.

La captación de clientela mediante la inducción a la terminación regular de un contrato es una conducta concurrencialmente lícita, salvo que los medios empleados revelen confusión, engaño, denigración, comparación, imitación, aprovechamiento de fama ajena, explotación de secretos. Solo se alude en la sentencia recurrida a los actos de denigración (que carecen de prueba, al menos en punto a su carácter inexacto, falso o impertinente) y a la oferta de precios bajos, sin ulterior precisión. Pero la oferta de precios más bajos, por sí misma, carece de entidad para dar relevancia a la conducta a efectos de concurrencia desleal (art. 17 de la ley) a menos que se den las condiciones del artículo 17.2, incluso si se trata de una venta a pérdidas, que también es en principio lícita.

También se indica, siendo de interés por referirse a la publicación de un boletín casi idéntico al de la sociedad competidora, que el motivo segundo del recurso –al amparo del art. 1.692.4 LEC de 1881 por inaplicación del art. 11.1 Ley de Competencia Desleal, puesto que, según denuncia, la sentencia de instancia no ha valorado que, aunque la demandada haya imitado el producto de la demandante, ello no es óbice para que dicha circunstancia tenga entidad o importancia bastante para ser calificada como «desleal», debiendo considerarse lícita y comprendida dentro de la libertad de imitación reconocida en el citado art. 11.1– se desestima por las razones que se dicen seguidamente.

La sentencia de apelación contiene la siguiente argumentación: si bien es cierto que la aparición en ambas publicaciones de 301 registros con mínima o ninguna diferencia, no implica que la demandada se haya limitado a tomar todos los datos de la actora y a incluirlos en el suyo propio, sí es exponente de que la precitada demandada ha transcrito en su directorio la información que con respecto a esas 301 empresas contenía el directorio de la actora del año 1993. Hay, por tanto, un acto concurrencial configurado por la copia de la información de esas 301 empresas, o lo que es lo mismo, no hay una imitación de la obra en su totalidad con aprovechamiento del esfuerzo ajeno, sino una imitación parcial de tal obra que conlleva ese resultado.

Este acto concurrencial como claramente destaca la Sentencia de la Audiencia de Madrid de 13 de diciembre de 1994 (Sección 21.^a), es incardinable en la normativa contenida en el párrafo primero del número segundo del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, que al establecer que «se reputará desleal la imitación de prestaciones de un tercero cuando comparte un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno», consagra un supuesto de competencia desleal que la doctrina y jurisprudencia alemana configuran como de aprovechamiento directo del esfuerzo ajeno o del trabajo de otro, en el que hay una «copia» sin que exista un esfuerzo personal en su obtención como lo hay en la imitación de productos.

Sencillamente el competidor desleal se apropia de las realizaciones de otro sin ningún esfuerzo intermedio. En el caso enjuiciado, nos encontramos con el esfuerzo de la demandante representado por el trabajo e inversión que ha realizado para obtener los datos de las 301 empresas publicadas en su directorio de 1993, que la mercantil demandada, sin esfuerzo, ha trasladado a su directorio de 1994 aprovechándose así del trabajo de la demandante. No se trata de que la demandada haya imitado el directorio de la actora en su diseño, estructura y disposición de la información, ni tan siquiera en su denominación, pues tal actividad ya hemos dicho que no constituye un acto de competencia desleal, sino simplemente de apropiarse y valerse de la información que sobre 301 empresas contenía el directorio de la actora del año 1993, incluyéndola en el suyo propio, lo que supone, aproximadamente, el treinta por ciento de la información contenida en dicho directorio que además de esa información recoge la que atañe a otras 706 empresas como fruto de su trabajo y esfuerzo; cuyos razonamientos son aceptados por esta Sala.

La recurrente afirma que, aunque en el supuesto de que se llegara a la conclusión de que la demandada ha imitado el producto de la demandante, este hecho no sería considerado desleal, ya que lo permite el principio de libre imitación recogido en el apartado primero del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, pero este apartado del precepto ha de ponerse necesariamente en relación con el siguiente, donde se establecen las excepciones al principio de libre imitación de la manera siguiente: «No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputara desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno», se trata de una disposición excluyente, con fundamento en que la vigente Ley de Competencia Desleal deriva principalmente de la necesidad de mantener un orden concurrencial en el mercado que garantice el respeto del interés privado de los empresarios y del colectivo de los consumidores, que ha sido analizada por esta Sala en el sentido de que la competencia no es leal cuando, sin más, contraviene la buena fe del mercado concurrente, o se actúe vulnerando los elementales principios de respeto a lo ajeno, o se obtengan logros no por el esfuerzo propio, sino por la apropiación de lo así conseguido por lo demás (STS de 14 de julio de 2003), en una posición, la última indicada, que es de aplicación a la actuación de la recurrente en el caso debatido.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, art. 7.º 1.
- Constitución Española, arts. 35, 38, 41 y 51.
- Ley 3/1991 (Competencia Desleal), arts. 5.º, 11, 13, 14 y 17.
- SSTS de 3 de febrero de 2005, 24 de noviembre de 2006, 31 de julio y 8 de octubre de 2007.