

- El aprovechamiento reputacional y de captación de clientela, cuando todavía trabajaban para la empresa anterior.
- El uso de documentos tipo, limitándose a cambiar el nombre de una nueva sociedad.

8.1.2 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 103/2007 de 8 de octubre. Recurso de Casación sobre competencia desleal y violación de secretos.

Hechos.

D. Bernardo y D. Luis (demandados) ex empleados de la mercantil Schindler (demandante) y encargados de instalación de ascensores en la zona de Puertollano desde 20 años atrás.

Los demandados constituyeron una sociedad en el año 1993 y tras abandonar Schindler en setiembre de 1996 se dedicaron a la captación de clientes. Captaron en un mes para la empresa de su propiedad el 40% de los clientes de su zona (86 de los 220) y continuaron el trasvase de los clientes a medida que vencían sus contratos

Los demandados utilizaron un modelo de contrato similar al de Schindler, dirigiéndose a las Comunidades Propietarios usando el conocimiento que tenían adquirido, respecto cuál era el detalle del servicio y los precios aplicables por la empresa de la que provenían.

Demandas in

Ante el Juzga
desleal, ni vio.

Recurso de A
Instancia.

Motivos del



y ni actividad

encia de la 1ª

- Infracción del art. 5 LCD, aduciendo que la conducta es contraria a las exigencias de la buena fe.
- Infracción del art. 11 LCD, reputando desleal la imitación de productos y la utilización de las prestaciones ofrecidas por el competidor.
- Infracción del art. 13.1 LCD, imputando la violación de secretos.
- Infracción del art. 14 LCD, apuntando a que los desdemandados indujeron a los clientes a incumplir plazos y traspasar contratos.

Fallo:

- Descarta que se haya producido violación de secretos por la explotación de los listados de clientes y de precios.
- Descarta que se haya producido una infracción a los deberes con los clientes, induciéndoles a la terminación de sus contratos.
- Declara desleal la conducta de los demandados, por estar incurso en lo preceptuado en los arts. 5 y 11 de la LCD.
- **Condena** a los demandados a la **remoción y prohibición de los actos semejantes**, según lo preceptuado en los **arts.5 y 11 de la LCD**.

➤ **Condena** a los demandados al pago de daños y perjuicios.

SINTESIS del Fallo.

Mantiene la Sentencia de la Audiencia.

La lucha por la captación de la clientela es lícita y que se hayan utilizado listados y documentos provenientes de la empresa en la que los demandados prestaban anteriormente sus servicios, no merece especial protección al no ser confidenciales

Entiende que no se ha probado la inducción para la cancelación de contratos.

Las listas de clientes no son secretos empresariales, de ahí que con el uso de las mismas no se esté produciendo ninguna violación de secretos.

Modifica la Sentencia de la Audiencia.

La clientela no constituye patrimonio exclusivo de la empresa, pero la **conducta de los demandados y de la sociedad de su propiedad es contraria a la buena fe**. Basa su calificación en que el éxito del traspaso de clientes, solo pudo darse atendiendo a que la mayoría del trabajo y contactos previos lo realizaron los demandados cuando aun trabajan en Schindler.

Los productos no gozaban de derecho de exclusiva y pese a ello entiende que la conducta de los demandados, **imitando los productos y sus prestaciones, debe ser calificada de actuación desleal, al realizar un aprovechamiento sin esfuerzo por su parte del trabajo de un tercero.**

En base a lo anterior condena a los demandados a la remoción y prohibición de actos y al pago de daños y perjuicios.

8.2 Validez de las cláusulas de no competencia y obligatoriedad de pacto en contratos.

8.2.1 Posición del Tribunal Supremo.

La línea que sigue al respecto en sus Sentencias, es la de entender como necesarias en el tráfico mercantil la incorporación a contratos determinadas cláusulas de prohibición de competencia y que **estas son lícitas** siempre que ni restrinjan, ni falseen, ni impidan la competencia.

Ello ocurre en los contratos de compraventa de empresa que llevan aparejada la transmisión de clientela y Know-how. Es la fórmula empleada para controlar que el transmitente de la empresa, no desvíe, ni interfiera con la clientela de la empresa vendida, en el espacio y el tiempo necesario para que se consolide la venta.

Dichos pactos son una restricción accesoria de la obligación de no competencia que asume el vendedor mediante la inhibición de competencia.

8.2.2 Posición de la doctrina.

Como señala Jesús Alfaro, el pacto de no competencia²¹ en las transmisiones de empresa actúa en beneficio de ambas partes, no solo del comprador, porque si los compradores de empresa temen que el vendedor les haga competencia, de forma sistemática estarán dispuestos a pagar menos en la compraventa.

En ese mismo sentido y en el documento citado con anterioridad, apunta David Friedman que las mencionadas cláusulas son **procompetitivas**, ya que su existencia aumenta el precio en las transacciones, dado que el comprador actual de la empresa entiende que en el caso de plantearse una venta a futuro de la misma, podrá realizarla a mejor precio.

Ambos autores mantienen la posición de que estas cláusulas ni siquiera deben estar expresamente recogidas en el contrato de compraventa de empresas y sin embargo son exigibles en base a la presunción de buena fe que es exigible a los partícipes en el contrato, en aplicación de lo dispuesto en el art.1258 CCiv. y en el art. 57 CCom.

Continuando la exposición de Jesús Alfaro al respecto, cuando el plazo de prohibición de competencia mediante un pacto de este tipo fuera excesivo, la prohibición deja de ser un pacto contractual con efectos restrictivos, para convertirse en un pacto cuyo objeto es restringir la competencia. Y en ese momento el exceso cuantitativo en la duración o extensión de la cláusula, implica un cambio cualitativo y es indicio de que la finalidad del mismo no sería la de asegurar el contrato, sino evitar la competencia del vendedor.

8.2.3 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 301/2012 de 18 de mayo. Recurso de Casación sobre defensa de la competencia.

Hechos.

D. Luciano (demandante) ejercía de gerente de la empresa Cauchos Puntos SL y al tiempo era propietario del 22,5% de sus participaciones. Vendió dichas participaciones a D. Sebastián, D. Luis María y D^a Purificación (demandados).

En el contrato de compraventa firmado el 27-7-2006, se estipuló una cláusula de no competencia, por la que el vendedor se obligaba, tanto directamente como a través de terceros, a no competir durante el plazo de cuatro años. Se firmaron adicionalmente una cláusula de confidencialidad, una de no injerencia y una cláusula especial de penalización.

El 24-5-2007 D. Luciano comunicó notarialmente a los compradores de las participaciones, la revocación unilateral de los 4 pactos antes mencionados.

²¹ ALFARO AGUILA-REAL J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”, pags 18 y 19, publicado en Indret 2004.

Demandas interpuestas por D. Luciano.

Ante el Juzgado de lo Social para que declarase que estaban bien resueltas la cláusulas. El Juzgado decidió que no era aplicable al caso la legislación laboral. Fue confirmada la decisión por el TS de Justicia de Aragón.

Ante el Juzgado de primera Instancia, quien decidió que la amplitud de la cláusula de no competencia rebasaba los límites admisibles en materia de competencia y estimo en parte la demanda.

El Recurso de Apelación ante la Audiencia fue desestimado, al entender inaplicable la LDC y la comunicación de la Comisión Europea referida a la concentración de empresas.

Motivos del recurso ante el Tribunal Supremo:

- Infracción del art, 21 del ET y del art. 8 del RD 1382/85 que regula la relación especial de la Alta Dirección.
- Infracción del art. 1 de la Ley 16/1989 (que regulaba la Defensa de la Competencia en el momento en que se produjo el litigio), en relación con la Comunicación de la Comisión Europea 2001/C/188/03.

Fallo:

- Desestima la aplicación de la legislación laboral
- Descarta por inaplicable la comunicación de la Comisión.
- Descarta por inaplicable la Ley de Defensa de la Competencia 16/89, que se corresponde con la actual 15/2007, en relación a los pactos para no competir.
- **Clarifica las cuestiones relativas a las restricciones accesorias al vendedor en la transacción.**

SINTESIS del Fallo.

Mantiene la Sentencia de la Audiencia.

El demandante no tenía la condición de asalariado en el momento en que se produce el negocio que da origen al litigio. De hecho extinguió primero su relación laboral con la empresa y fue meses después cuando vendió las participaciones. Por tanto la relación no es entre un empresario y un trabajador y por tanto no es aplicable al tema la legislación laboral.

Establece su posición respecto a que la interpretación del Derecho comunitario no resulta vinculante para los Tribunales nacionales, y así lo indica de forma expresa la propia Comisión Europea, al indicar en su comunicación que cualquier evaluación de las restricciones será de naturaleza meramente declarativa.

Fija un planteamiento de no aplicabilidad de la LDC ya que se trata de una transacción de participaciones sociales en una pequeña empresa y por ello no entran en juego las situaciones previstas en el artículo 1 de la LDC, puesto que la transacción en cuestión tiene efectos irrelevantes ante el mercado.

La Sentencia CLARIFICA (puntos 59 a 69).

Las cláusulas de no competencia en contratos de transmisión de empresas, tienen la consideración de accesorias en el sentido de ser inmanentes al contrato, hasta el punto de que pueden darse por incluidas aunque no estén pactadas expresamente.

Indica que en el tráfico mercantil, se imponen o aconsejan determinadas restricciones a la competencia que se realizan como cláusulas de inhibición, incorporándose a contratos sin restringir, impedir o falsear la competencia y actuando como restricciones accesorias necesarias.

Para la empresa transmitida le supone mantener en el mercado la situación competitiva que tenía en el mercado. El transmitente podrá volver a intervenir en el sector pasado el tiempo pactado

Pese a que no se trata de la venta de una empresa sino de la de un paquete de participaciones, **el pacto de no competencia se enmarca dentro de un contrato cuya finalidad no es restringir la competencia y por tanto le es absolutamente aplicable.**

La cláusula de inhibición está justificada salvo que por razón de duración, ámbito geográfico y contenido exceda de lo conveniente para garantizar el valor de las participaciones y que este no se vea afectado por la actuación del transmitente.

8.3 Transmisión de empresa y prohibición de competencia del vendedor.

8.3.1 La aplicación de la cláusula de no competencia.

La aplicación de las cláusulas de no competencia en las transmisiones de empresa mediante la fórmula asset deal, propician los mismos efectos y por ello deben asimilarse a las realizadas mediante la fórmula share deal.

Hay que valorar asimismo las circunstancias aplicables a aquellas transmisiones que estén afectas a contratos de Alta Dirección y por ello debe tenerse en cuenta la superposición de órdenes jurisdiccionales, laboral y mercantil.

8.3.2 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 303/2016 de 5 de mayo. Recurso por infracción procesal y de casación sobre compraventa de acciones y obligaciones de vendedor.

Hechos.

D. Simón y Ceta SA (demandados), vendieron el 75% de las acciones de Aerlyper SA a Velfer Consultores SL y a Servicios de Consultoría y Desarrollos Operacionales SL (demandantes) el día 6-10-2006 y por un importe de 3.900.000 euros. D. Simón se comprometía a permanecer en Aerlyper como Director General por un plazo de 3 años.

Con posterioridad D. Simón firmo asimismo una cláusula de no competencia, aplicable a partir del cese de su relación laboral. El 7-5-2007 se elevó a público el contrato de compraventa y D. Simón fue nombrado Director General.

El día 11-7-2008 se constituyó Alfa Bravo Servicios Aeronáuticos SL, dividiendo sus participaciones entre el 15% D. Benjamín y el 85% D. Marco Antonio que acababa de abandonar Aerlyper. En la constitución de la sociedad, D. Marco Antonio se reservó la facultad de transmitir su participación, en todo o en parte a una tercera persona, sin necesidad de comunicación expresa al otro socio. Alfa Bravo Servicios tenía sus oficinas en un local propiedad de CETA durante los años 2008 y 2009.

La facultad de transmisión de la participación antes referida, fue ejecutada por D. Marco Antonio transmitiendo sus participaciones a D. Simón. El 27-4-2010 D. Simón dimitió de su cargo de Director General de Aerlyper.

El 2-7-2010 la empresa Viroment Inc que tenía un contrato de representación con Aerlyper desde el 2007, les comunicó que no iba a prorrogar el mismo, ya que había firmado otro contrato de representación con Alfa Bravo Servicios el 2-8-2008.

Demandas interpuestas por Aerlyper, Velfer Consultores SL y Servicios de Consultoría y Desarrollos Operacionales SL.

Ante el Juzgado de 1ª Instancia que desestimó la demanda aduciendo que D. Simón no había realizado la actividad en los tres años pactados de concurrencia y en lo relativo a Ceta al no considerar acreditada la relación de causalidad entre su actuación y los daños y perjuicios reclamados.

El Recurso de Apelación ante la Audiencia fue desestimado al considerar que la demanda debía ser tratada conforme a la LCD y que no existía error en la valoración de la prueba respecto al momento en que se produce la actuación de D. Simón, fuera del periodo de no concurrencia.

Motivos del recurso ante el Tribunal Supremo:

Se comentan exclusivamente los relativos a casación.

- Infracción del art. 1281-1 del CCiv. por dar la Sentencia recurrida absoluta preponderancia a la literalidad de la cláusula contractual de prohibición de concurrencia, sin entrar en su verdadero sentido.
- Infracción del art. 1258 del CCiv. de modo que se alega que la buena fe contractual exige que el vendedor de las acciones no compita con dicha sociedad, durante un tiempo prudencial desde la fecha de la compraventa.

Fallo:

- **La prohibición de concurrencia se pactó de forma expresa** en un contrato ad-hoc y para cuando D. Simón ya no tuviera relación con la mercantil. Por cuestiones procedimentales **acabo considerándose no revocable el fallo de la Audiencia.**
- **Una compraventa del 75%** de las acciones de una sociedad supone en la práctica la transmisión de la empresa que constituye su objeto social. **Acabo desestimándose lo solicitado por falta de efecto útil.**

SINTESIS del Fallo.

El TS entiende que la no concurrencia afectaba directamente a D. Simón para cuando deje de ser empleado de Aerliber, puesto que para momentos anteriores a la extinción del contrato laboral, tal obligación estaba implícita en el mencionado contrato. Para la adecuada interpretación del negocio jurídico **no es adecuado basar el recurso para juzgar la infracción solicitada en el art. 1281-1 del CCiv.**

Establece su posición respecto a la compra de las acciones (75%), y **aunque no se indique expresamente en el clausulado es una transmisión de empresa** y los adquirentes tienen interés legítimo para evitar que el transmitente pueda realizar actividades concurrentes.

Las cláusulas de prohibición de no competencia en contratos de transmisión de empresas, no tienen por objeto impedir la competencia, sino que son inmanentes al contrato, hasta el punto que pueden ser consideradas incluidas en el mismo conforme al art. 1258 CCiv, aunque no se hayan pactado expresamente.

Las conductas de D, Simón que vulneran el deber de abstención no tuvieron lugar en el plazo previsto en la cláusula de no concurrencia expresamente pactada, sino en el periodo en que trabajaba en Aerlyper. **De ahí que si cabe son más antijurídicas,**

Al no acreditarse las consecuencias del incumplimiento contractual por parte de D. Simón, no puede justificarse la pretensión indemnizatoria deducida de la demanda y consecuentemente **se desestima por falta de efecto útil.**

8.4 Efectos del incumplimiento del pacto de no competencia antes finalizar el plazo pactado.

8.4.1 Casuística.

Es muy variada y en su resolución se están dando algunos casos en que están entrando a valorarlas los Jueces de lo Mercantil, aunque el art. 86 de la LOPJ no les atribuye competencia en materia de incumplimiento de contratos, así como los Juzgados de 1ª Instancia, las Audiencias y el Tribunal Supremo.

La línea adoptada es la de entender que el plazo de no competencia en compraventa de empresas, se ajuste por analogía al plazo máximo de dos años que establece la LCA, si bien también han entendido en ocasiones la aplicación del plazo de tres años, atendiendo a decisiones similares adoptadas por la Comisión Europea.

8.4.2 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 164/2008 de 4 de diciembre. Recurso de Apelación sobre incumplimiento de pactos de no competencia.

Hechos.

D. Octavio, D. Ángel Jesús (accionistas mayoritarios) junto a otros vendedores, transmitieron el día 12-4-2002 el 100% de las participaciones de la sociedad Idaglas SL.

D. Octavio y D. Ángel Jesús (demandados) se comprometen a no realizar competencia directa o indirectamente en el sector de Idaglas (demandante) durante un periodo de 5 años. Se establece una clausula de penalización por incumplimiento. D. Octavio y D. Ángel Jesús en el 2004 ponen en marcha sociedades competidores de Idaglas.

Demandas interpuestas por Idaglas.

Ante el Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona que en su Sentencia no aprecia la realización de los actos de competencia desleal que se imputan (imitación, confusión, aprovechamiento y revelación de secretos).

La controversia se planteaba en el plazo fijado de 5 años, valorando el Juzgado el plazo de 2 años de la LCA y continuando con el análisis de criterios empleados por la Comisión Europea.

Entiende como más razonable, dado que se transmite el fondo de comercio y de la estrecha vinculación de los transmitentes con los clientes, que la extensión temporal de la clausula sea cuando menos de tres años.

Finalmente se condena a D. Octavio y a D. Ángel Jesús al pago como consecuencia de la clausula de penalización de una indemnización a Idaglas, si bien el Juzgado considero que dado que en los dos primeros años se cumplió el contrato, haciendo uso de la facultad de moderación que le confiere el art. 1154 del CCiv, entendió como más razonable la reducción de la indemnización pactada en un 70%.

Motivos del recurso ante la Audiencia:

- Infracción de la LCD con realización de los actos de competencia desleal, por imitación, confusión.
- Infracción de la LCD por aprovechamiento del esfuerzo ajeno.
- Infracción de la LCD por revelación de secretos
- Infracción del pacto de no competencia.

Fallo:

- Estima la conducta desleal por aprovechamiento del esfuerzo ajeno.
- Desestima el resto de actos de competencia desleal.
- Estima el incumplimiento del pacto de no competencia y **condena al pago del 100% de la clausula penal.**

SINTESIS del Fallo.

Las características de la empresa transmitida hace que **la Audiencia entienda que el plazo razonable de no competencia debía de ser cuando menos de tres años.**

La clausula penal de no competencia se pacto libremente y D. Octavio y D. Ángel Jesús eran plenamente conscientes de ello en base a la clandestinidad con la que realizaron su incumplimiento, asumiendo el riesgo de su incumplimiento.

Si cobraron una suma importante en la venta de sus participaciones, la clausula penal es una parte significativa del precio recibido en la transmisión, y **aunque cumplieron la misma durante los dos primeros años, se condena a los quebrantadores al pago integro de la pena convenida, el 100% establecido.**

8.4.3 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 350/2015 de 9 de mayo. Recurso de Apelación sobre incumplimiento de pactos de no competencia.

Hechos.

House Market System SL (demandante) se constituyo el 22-5-1996 con el objeto social de concesión de franquicias para maquinas de cafeterías. Sus socios tras diversas ampliaciones eran D Narciso con 625 participaciones (demandado), D David con 1375 participaciones y D. Miguel con 1375 participaciones.

El día 9-3-1999 D. Narciso vendió sus 625 participaciones a D. David por 150.253,03 euros, de los que 90.151,82 euros fueron abonados por House Market, como beneficiaria de la obligación de no competencia asumida por D. Narciso por plazo de 10 años.

En octubre de 1999 D. Narciso constituyo Inmovending con el objeto de venta de maquinas de venta automática, si bien no inicio su actividad real hasta junio de 2003.

Demanda interpuestas por House Market.

Ante el Juzgado Mercantil numero 1 de Madrid en reclamación del importe de 150.253,03 euros por incumplimiento del pacto de no competencia.

La Sentencia desestima la demanda;

- Al considerar que el pacto de no competencia es una estipulación a favor de un tercero y la demandante estaría protegida por una acción de incumplimiento del pacto, pero no de reembolso de cantidad.
- Rechaza que se haya producido la infracción del pacto de no competencia porque la actividad no la desarrolla el vendedor sino una sociedad constituida a la que no alcanza el pacto.

Motivos del recurso ante la Audiencia.

Solicita la revocación y la estimación de la demanda invocando errores en la valoración de la prueba y diversas infracciones de arts del CCiv y de la LEC.

Fallo.

Desestima el Recuso de apelación y conforma la sentencia.

SINTESIS del Fallo.

La clausula penal de no competencia se pacto con la intervención de House Market, con lo cual D. Narciso se obligaba directamente con la sociedad.

La estipulación del pacto de no competencia legitimaria al vendedor a instar la resolución del contrato pero ello no implica que su naturaleza sea a favor de un tercero.

Entiende que **el plazo que hubiera sido adecuado sería de tres años y que la duración del pacto de 10 años resulta excesiva, máxime habiendo sido respetada la misma durante los primeros 4 años. Por ello no entiende aplicable la clausula penal.**

8.5 Constitución de una sociedad por quienes son empleados de otra.

8.5.1 La libre competencia y la relación entre empresa y directivos.

Cuáles deben ser los límites al establecimiento de una relación de competencia, puesta en marcha a partir de la terminación de la relación laboral y de cara al inicio del empleo de una nueva actividad, en la que actué como competidor de la empresa abandonada?

Debe primar la libertad de iniciativa del directivo o la defensa de la posición competitiva de la empresa que de forma lícita tiene ha consolidado con el paso del tiempo?

Para responder a las dos preguntas anteriores, debemos tener en cuenta la consideración del modelo de libre competencia que es uno de los pilares sobre el que se apoya el modelo económico constitucional español. Su vigencia preserva la competencia en el mercado para desplegar efectos positivos a favor de los intereses generales.

Que haya existido un vínculo contractual no puede ser razón para establecer un límite absoluto que prohíba el ejercicio del trabajo. El Tribunal Supremo²² ha venido estableciendo que para un empleado que deje su empresa y para desarrollar una actividad profesional semejante a la de la empresa anterior, si no tiene cláusula de concurrencia que le afecte, no puede impedírsele que desarrolle su profesión, ni que constituya una empresa con un objeto social coincidente.

El límite finalmente a considerar está establecido con la determinación de la buena fe efectiva, que está recogida en el art. 5 de la LCD y en los arts. 5 y 21 del ET.

8.5.2 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 963/2000 de 18 de octubre. Recurso de Casación sobre competencia desleal.

Hechos.

La empresa Luis Capdevila SA (demandante) y cuyo objeto social es la fabricación de cabinas y campanas de pinturas, se considera perjudicada por sus ex empleados D. David y D. Sergio y por D^a María Noemí (esposa de D. Sergio, así como por la empresa Tecnon SL participada por todos ellos (demandados).

Desde que abandonaron la empresa y a juicio del demandante, los demandados haciendo uso del conocimiento que tenían de la empresa de la que provenían, han vulnerado derechos de propiedad y catálogos de productos, conculcando la LCD.

²² STS de 11 y 29 de octubre de 1999.

Demandas interpuestas por Luis Capdevila SA.

Ante el Juzgado de primera Instancia solicitando el cese inmediato de la comercialización, la retirada de del mercado de los catálogos, la compensación por daños y perjuicios y por enriquecimiento injusto. El Juzgado estimo parcialmente la demanda por competencia desleal, condenando a Tecnon al cese de la comercialización de las campanas de extracción y absolviendo al resto de los demandados.

El Recurso de Apelación ante la Audiencia confirma la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, a excepción de considerar a D. Sergio, D. David y Dª María Noemí cooperadores necesarios para los actos de competencia desleal.

Motivos del recurso ante el Tribunal Supremo presentado por Tecnon, D. David, D. Sergio y Dª María Noemí.:

- Infracción por no aplicación en el fallo de apelación del art. 3.1 de la LCD.
- Inaplicación del art. 21-2 del ET.
- Aplicación indebida del art. 20.1 de la LCD, dado que no son empresarios actuantes en el mercado.

Fallo:

- Desestima lo solicitado en relación con la LCD art 3.
- Desestima la aplicación del apartado laboral por considerarlo ajena al asunto litigioso.
- Considera adecuadamente aplicada a los actos en cuestión la LCD en su art 20.1.

SINTESIS del Fallo.

Mantiene la Sentencia de la Audiencia.

Los demandados pese a no ser empresarios, **son coautores** de actos de confusión, imitación y explotación de acuerdo con lo previsto en la LCD. Para ello se apoya en el preámbulo de la LCD que define que no es preciso que los sujetos agente y paciente del acto sean empresarios, **basta que haya colaborado en su realización.**

Asimismo el artículo aducido del ET señala los deberes básicos de los trabajadores, pero no es aplicable a la controversia a juzgar, ya que aunque los preceptos sean coincidentes se refieren a la prohibición de concurrencia, pero no a la competencia desleal.

Dado que **Tecnon solo ha podido realizar los actos de imitación, confusión y explotación, gracias a la información comercial y técnica aportada por D. Sergio y por D. David, se estima que sin su concurrencia ilícita no hubiera habido divulgación ilícita y por tanto son cooperadores necesarios.**

Y lo referente a **Dª María Noemí**, esposa de D. Sergio, la Sala estima que ha actuado como **testaferro o persona interpuesta por su cónyuge** y con ese carácter ha cooperado en toda la trama ilícita de competencia desleal.

8.6. Creación de empresa y vulneración de secretos.

8.6.1 La vulneración de secretos empresariales.

En determinadas ocasiones, el conocimiento de los secretos empresariales de la empresa que han abandonado es una de las razones fundamentales que utilizan los trabajadores o los directivos para iniciar una actividad en competencia directa con su antigua empresa, beneficiándose del know-how adquirido.

Y en ese momento es obligado valorar, si la información a utilizar es propiedad de la antigua empresa y si el ex empleado está obligado o no, a guardar el secreto respecto a ella, incluso más allá del cese de la relación laboral²³.

8.6.2 Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 133/1998 de 10 de junio. Recurso de Apelación sobre competencia ilícita y desleal e inducción a la infracción contractual.

Hechos.

La empresa Alfacel SA (demandante) pretende entrar en un proyecto de tripa celulósica en 1995 e incorpora en su accionariado a D. Luis M. que había sido Directivo de Viscofan SA (demandado) hasta el año 1986.

El 29-2-1996 en una reunión con analistas en la Bolsa de Madrid, Viscofan realiza manifestaciones desacreditando a Alfacel.

Viscofan ha remitido cartas intimidatorias a Directivos de Alfacel que habían trabajado en Viscofan hacia más de diez años, con diversos tipos de amenazas.

Demanda interpuestas por Alfacel.

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona que fue desestimada en su integridad por el citado Juzgado.:

Motivos del recurso ante la Audiencia:

- Se declare la deslealtad de los actos realizados por Viscofan.
- Se prohíba a Viscofan los actos de denigración.

Fallo:

Desestima el recurso y confirma la Sentencia de instancia.

²³ SANCHEZ-CALERO GUILARTE J., "Situaciones de competencia entre la sociedad y sus directivos", pags 39 y ss. Documento depositado en archivo institucional EPrints Complutense 2006. <http://www.ucm.es/eprints>.

SINTESIS del Fallo.

La denigración como actos de competencia desleal, tiene la finalidad de que el desprestigio pueda originarse por otro empresario, para perjudicarlo expresamente ante el público consumidor.

La realización de las afirmaciones en un marco especial y no ante consumidores, hace que no se acredite el desprestigio y consecuentemente la disminución de posibles beneficios económicos, consecuencia de la actividad ilícita.

Las llamadas cartas intimidatorias remitidas por Viscofan, indicaban a los ex directivos que la información confidencial a la que tuvieron acceso como empleados de Viscofan era legítima en tanto eran empleados de Viscofan, pero no para uso posterior fuera de la compañía. Les solicitaban que les fuera devuelta cualquier tipo de información de la que dispusieran de Viscofan.

La Audiencia entiende que no hay tal intimidación, sino que la finalidad es salvaguardar los secretos profesionales ante los directivos. Y más allá de lo recogido en la LCD en relación con los secretos empresariales, la protección penal de estos supuestos, aparece recogida en los arts. 278 y ss. del Código Penal.

Debe tenerse en cuenta además, lo previsto en el art. 72 de la Ley del Contrato de Trabajo que mantiene su vigencia con rango de norma reglamentaria en virtud de lo que dispone el ET, estableciendo que “el trabajador está obligado a mantener los secretos de la explotación y negocio de su empresario, lo mismo durante el contrato que después de su extinción. En este último caso podrá utilizarlo en beneficio propio, solo cuando fuese exigencia de su profesión habitual.”.

Aunque dicho deber no es absoluto en función de lo recogido en el ET y en el RD 1382/85 para la Alta Dirección, si que afecta de forma inequívoca a los administradores de las sociedades **el deber de secreto que existirá incluso ante la ausencia de norma, en función del principio de buena fe objetiva y de las circunstancias que concurran cada caso.**

9. CONCLUSIONES.

Hago referencia a ellas divididas en **SEIS grandes bloques.**

En primer lugar y como no podía ser de otra forma, constato que el Anteproyecto es fruto de un trabajo objetivo y muy realista que va a permitir finalmente la actualización del Código de Comercio que no podemos olvidar fue publicado en 1885.

La modernización del Código y a través suyo de la legislación mercantil, se ha realizado de forma coordinada con el conjunto de la legislación vigente, atendiendo a la racionalización de sus normas y con la pretensión de dotarla de coherencia y viene a cubrir la **necesidad**

fundamental añadida que es la de cumplir con las exigencias de la nueva realidad del mercado.

En segundo lugar considero oportuno reflejar las **cuestiones relativas al contrato de compraventa de empresas que finalmente el Anteproyecto no incorpora.** Son de diversa índole y las cito a continuación.

- Debería haberse explicitado el modelo de transacción al que son aplicables las normas, si bien tras su lectura queda bastante claro que están referidas al modelo asset deal. Entiendo que determinadas cuestiones que se incorporan también son de aplicación al modelo share deal.
- Debería haberse tenido en cuenta los modelos de actuación en la negociación y consecuentemente los compromisos jurídicos que van asumiéndose en esta fase. Entre ellas, las obligaciones de confidencialidad y las técnicas de revisión de la empresa fiscal, legal, financiera y técnica (due diligence),
- Debería haberse clarificado lo que sucede en la empresa entre el momento de la firma del contrato hasta el cierre definitivo de la compraventa y sus efectos y en el periodo de transición entre el transmitente al adquirente.

En tercer lugar mencionar positivamente la **regulación proactiva que realiza el Anteproyecto del contrato de compraventa,** pretendiendo con la misma viabilizar las transacciones. Refiero para ello los tres efectos.

- Los contratos celebrados por la empresa, para los que establece que salvo pacto en contrario el adquirente se subrogara automáticamente en los derechos y obligaciones de los mismos.
- La transmisión de los créditos que se produce por el consentimiento de comprador y del vendedor, no siendo preciso que se requiera al deudor, a quien bastara que se le notifique la transmisión. De la solvencia del deudor se responsabiliza al vendedor salvo pacto en contrario
- La asunción de las deudas que salvo pacto en contrario asume el adquirente de la empresa, todas las que resulten de la documentación contable y empresarial y aquellas otras que se pacten expresamente

En cuarto lugar es preciso citar **la redacción del artículo 132-11.2 ACM.** El texto finalmente previsto **establece para la obligación de no competencia, el que no tenga siquiera carácter de elemento natural del contrato y solo entre a regir si se pacta de forma expresa.**

Por contraposición, la redacción inicialmente prevista para ese mismo artículo por la Comisión General de Codificación, preveía **“en defecto de pacto la obligación de no competencia tendrá una duración de dos años. No obstante las partes podrán acordar un periodo de tiempo mayor siempre que sea conforme con las normas de defensa de la competencia”.**

La redacción inicial regulaba el pacto de no competencia en la línea que ha venido defendiendo la doctrina y que el Tribunal Supremo ha venido confirmado, estableciendo

jurisprudencia al respecto. La redacción finalmente propuesta cambia el sentido del pacto, de modo que incorpora la necesidad de que deba estar incluido expresamente en contrato, para entender que esa es la voluntad de las partes. **Se ha introducido un cambio sustancial respecto al fondo y la forma del artículo en el proceso.**

Mi opinión personal es que la redacción inicial permitía una aplicación más regular y desde luego más práctica, de cara a las transacciones de menor importe que se corresponden con las mayoría de las compraventas a realizar entre empresarios individuales y a los que a la postre es de mayor aplicación el nuevo contrato.

En quinto lugar creo que no se debe olvidar que el transmitente vende activos materiales e inmateriales. **Si finalmente no se venden los activos inmateriales, no hay venta REAL de empresa.** Es preciso que se transmita también la expectativa de beneficios y esta solo se consigue en su integridad, si el contrato lleva aparejada un pacto de no concurrencia que permita que al adquirente no tenga la competencia del transmitente durante el plazo establecido.

Aunque el art. 132-1.2 ACM especifica que las partes podrán excluir de la transmisión algunos elementos integrantes de la empresa, siempre que no se comprometa la existencia de la empresa, lo realmente determinante es que **dicha entrega comprenda los elementos esenciales, aquellos que son precisos y cuya ausencia pondrían en riesgo la continuidad de la empresa.**

Para la doctrina mercantilista, “la transmisión de la clientela es esencial en toda venta de empresa”.

En sexto lugar y para concluir, resaltare **la importancia que tiene la redacción del nuevo Código para fomentar la seguridad jurídica, de modo que cualquier persona entienda perfectamente como aplicable la legislación mercantil que en él se recoge y para todo el territorio nacional.**

11-6-2017

Pere Jover Navarro

BIBLIOGRAFIA TFG:

LIBROS:

1. Jiménez Santos Guillermo J. y Díaz Moreno Alberto, “Lecciones de Derecho Mercantil”, Ed. Tecnos 2012.
2. Rojo Fernández-Río A., “Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I”, Ed. Thomson-Civitas 2015.
3. Bertcovitz Rodríguez-Cano A. (coordinador), “Hacia un nuevo Código Mercantil”, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi 2014.
4. Garrido Palma Victor M., Ansón Peironcely R. y Banacloche Pérez J., “La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, Ed. Tirant lo Blanch 2010.
5. Martínez Sanz F. (Director), “Comentario practico a la Ley de Competencia Desleal”, Ed. Tecnos 2009.
6. Beneyto José Mª y Maillo Jerónimo (Directores), “La nueva Ley de Defensa de la Competencia”, Ed. Bosch 2009.

TRABAJOS Y ARTICULOS:

7. “El contrato de compraventa de empresa”, de Francisco Mercadal Vidal, en Estudios sobre el futuro código Mercantil, Ed. Universidad Carlos III de Madrid 2015. Obra disponible en <http://hdl.handle.net/10016/20763>.
8. “La compraventa de empresas en el Anteproyecto de Código Mercantil”, de Esperanza Gallego Sánchez, en Estudios sobre el futuro código Mercantil, Ed. Universidad Carlos III de Madrid 2015. Obra disponible en <http://hdl.handle.net/10016/20763>.
9. “La prohibición de competencia y su pacto expreso”, publicación realizada el 23-10-2013 en la web del Consejo consultivo de la pequeña y mediana empresa, www.Ccopyme, por Luis Miranda Serrano y Javier Pagador López.
10. “Es un secreto la lista de clientes”, artículo publicado en el 11-12-2012 en la revista Economía 3, por D. Carlos Gómez-Taylor Corominas, socio de de Cuatrecasas.
11. “Situaciones de competencia entre la sociedad y sus directivos”, de Juan Sánchez Calero, depositado en EPrints Complutense 2006, <http://ucm.es/eprints>.
12. “Posición del Tribunal Supremo sobre las restricciones accesorias”, publicación realizada el 2-5-2013 en la web del Consejo consultivo de la pequeña y mediana empresa, www.Ccopyme, por Luis Miranda Serrano y Javier Pagador López.
13. “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”, de Jesús Alfaro Águila-Real, publicado en noviembre 2004, en la Revista de Análisis del Derecho (INDRET), www.indret.com.

REFs. JURIDICAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS.

1. Anteproyecto Nuevo Código Mercantil... Anteproyecto... ACM
2. Código de Comercio... Código de 1885... CCom
3. Código Civil... CCiv.
4. Código Penal... CP
5. Ley de Enjuiciamiento Civil...LEC
6. Ley Orgánica del Poder Judicial.....LOPJ
7. Ley Concursal.
8. Ley de Reestructuración Empresarial y Modificaciones Estructurales de las Sociedades de Capital....LME
9. Ley de Competencia Desleal..... LCD
10. Ley de Defensa de la Competencia.... LDC.
11. Ley del Contrato de Agencia.... LCA.
12. Estatuto de los Trabajadores.... ET
13. RD 1382/85 regulación laboral de la Alta Dirección.
14. Ley Contrato de Trabajo... LT
15. Ley de Contrato de Seguro.... LCS
16. Ley General de la Seguridad Social... LGSS
17. Ley General Tributaria....LGT
18. Constitución Española.....CE