

Principales aspectos jurídicos controvertidos de la captación desleal de clientes

por
HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
Abogado

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. SUPUESTO DE HECHO DE LA CAPTACIÓN DESLEAL DE CLIENTES.
- III. SUPUESTO DE HECHO DE LA ACCIÓN DEL ARTÍCULO 18.5.º DE LA LCD.
- IV. CONCRECIÓN DE LOS DAÑOS RESARCIBLES.
- V. REQUISITOS DE ESTIMACIÓN DE LAS ACCIONES DE LOS PRECEPTOS 18.1.º Y 18.5.º DE LA LCD:
 1. ACCIÓN MERODECLARATIVA (ART. 18.1.º DE LA LCD).
 2. ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS (ART. 18.5.º DE LA LCD).
- VI. POSIBLE DEFENSA ANTE LA ACCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL POR CAPTACIÓN DE CLIENTES.
- VII. CONCLUSIÓN.
- VIII. BIBLIOGRAFÍA.
- IX. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL.

I. INTRODUCCIÓN

La captación desleal de clientes es uno de los supuestos más desconocidos dentro del tráfico económico. La calificación de desleal depende funda-

mentalmente del respeto de los principios que rigen en nuestro modelo de competencia. Como consecuencia de lo anterior y como se va a explicar a lo largo de este artículo, podría decirse que, a grandes rasgos, es desleal toda captación de clientes que tiene su origen en el aprovechamiento del esfuerzo, reputación o medios ajenos, en vez de en la eficiencia económica propia.

II. SUPUESTO DE HECHO DE LA CAPTACIÓN DESLEAL DE CLIENTES

La captación de clientes no está contemplada expresamente en la LCD como un tipo desleal. Ello conlleva que tanto la doctrina (1) como la jurisprudencia (2) recurran a la cláusula general del artículo 5 de la LCD para calificar como desleal la mencionada conducta.

En primer lugar, convendría precisar que la vulneración de la buena fe del artículo 5 de la LCD «no se identifica con cualquier regla de conducta tenida por la colectividad como exigible en cualquier ámbito de las relaciones humanas, y aún jurídicas, sino sólo a aquéllas que, siendo aptas en un sistema de libre competencia, sirvan para el buen orden concurrencial» (3). Esto implica que «una captación de clientes que resulte éticamente reproachable o contraria a los usos y costumbres, incluso los correspondientes al ramo de actividad donde se produce la captación, no sea desleal» (4).

(1) No de forma directa, vid. BARONA VILAR, *Competencia desleal*, Tirant lo Blanch, 2.ª ed., Valencia, 1999, pág. 36. Aunque hay autores que también lo encuadran en otros artículos en función de las circunstancias, como los preceptos 13 y 14, vid. VÁZQUEZ CUETO, págs. 409 y 410.

(2) Vid. STS de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999/8164) y jurisprudencia menor que la sigue, como la SAP de Burgos, de 8 de junio de 2005 (AC 2005/2253). No obstante, algunas sentencias parecen aceptar la posibilidad de que la captación de clientes pueda ser desleal en virtud de otro artículo, como la SAP de Madrid, de 7 de octubre de 2005 (AC 2005/1757).

(3) Cfr. «II Congreso de Derecho Mercantil», pág. 87. En igual sentido, vid. MASSAGUER, pág. 147; BARONA VILAR, «Competencia desleal», *op. cit.*, págs. 33 y 34, entre otros.

(4) Desde una perspectiva de un ejercicio antisocial de la libertad de empresa, vid. MASSAGUER, *op. cit.*, pág. 147; VÁZQUEZ CUETO, pág. 641, y SAP de Lérida, de 9 de mayo de 1997 (AC 1997/1139); para un enfoque desde los intereses protegidos, vid. DE LA CUESTA, «Significado de la Ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Boletín Oficial del Estado y Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1.ª ed., Madrid, 1992, págs. 25 y sigs., y SAP de Barcelona, de 1 de septiembre de 1995 (AC 1995/1718); centrada en la eficiencia económica, vid. MOLINA BLÁZQUEZ, págs. 268 y sigs., «II Congreso de Derecho Mercantil», pág. 87, y la SAP de Barcelona, de 6 de abril de 2005 (AC 2005/856), aunque también se refiere a los intereses y al abuso de competencia.

Así, en el caso concreto de la captación de clientes hay que partir de la premisa de que ésta es lícita (5). Y es que el ordenamiento español no reconoce ninguna relación de exclusividad entre las empresas y sus clientes o sus trabajadores (6). Consecuentemente, *la captación sólo se reputa como desleal cuando se realiza mediante «maniobras incorrectas» que consisten principalmente en la obtención de dichos clientes sin esfuerzo alguno o utilizando el engaño con los clientes, el descrédito del competidor o el aprovechamiento de su reputación o infraestructura* (7).

Por tanto, una captación de clientes basada en la eficiencia económica, es decir, en unas condiciones más ventajosas para el cliente, no puede reputarse como desleal (8). Por ello nuestros tribunales se suelen fijar en las siguientes circunstancias para determinar si hay deslealtad:

- a) *La captación de clientes de un competidor por un antiguo trabajador suyo*. Este supuesto puede concurrir tanto mediante la creación de una nueva empresa por el antiguo empleado como por el ingreso de éste en una empresa de la competencia. Este hecho no es por sí solo merecedor del calificativo de desleal según muchas sentencias (9), aunque nuestros tribunales suelen atender a esta situación para determinar si hay deslealtad, puesto que un antiguo trabajador ha podido utilizar los medios de su anterior empresario para captar los clientes en beneficio propio o de su nuevo empleador. *Máxime cuando la captación de clientes se produce antes de la salida del trabajador de su anterior empresa* (10).

(5) Vid. MOLINA BLÁZQUEZ, pág. 269; VÁZQUEZ CUETO, págs. 569 y 570, e incontables sentencias como la SAP de Guipúzcoa, de 19 de enero de 2005 (AC 2005/299) y SAP de Toledo, de 4 de febrero de 2005 (JUR 2005/73971), entre otras.

(6) Vid. STS de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999/8164); SAP de Barcelona, de 13 de julio de 2005 (AC 2006/267); SAP de Madrid, de 7 de octubre de 2005 (AC 2005/1757) y SAP de Madrid, de 9 de junio de 2006 (AC 2007/259), entre otras.

(7) Vid. BARONA VILAR, «Competencia desleal», *op. cit.*, págs. 36 y 37; SAP de Huesca, de 21 de enero de 1995 (AC 1995/121); SAP de Guipúzcoa, de 19 de enero de 2005 (AC 2005/299); SAP de Barcelona, de 6 de abril de 2005 (AC 2005/856); SAP de Sevilla, de 3 de mayo de 2006 (AC 2006/2107), y STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262), entre otras.

(8) Vid. MASSAGUER, págs. 409 y 410, y VÁZQUEZ CUETO, págs. 569 y 570. Especialmente ilustrativa es la descripción del modelo de competencia protegido por nuestro ordenamiento que hace DE LA CUESTA, pág. 30 y sigs. Según este autor el modelo de competencia se basa en la claridad y diferenciación de las ofertas, la actuación de los oferentes en el mercado basada en su propio esfuerzo, cumplimiento de los operadores de la legalidad vigente, prohibición de arbitrariedad de los agentes económicos y garantía de la libre decisión de los consumidores.

(9) Vid. SAP de Valencia, de 2 diciembre de 2000 (JUR 2001/64230) y SAP de Madrid, de 7 octubre de 2005 (AC 2005/1757).

(10) Así lo entienden varias sentencias, como la SAP de Toledo, de 4 de febrero de 2005 (JUR 2005/73971) y SAP de Sevilla, de 3 de mayo de 2006 (AC 2006/2107).

- b) *Utilización de lista de clientes.* No es controvertido en nuestra jurisprudencia que las listas de clientes no constituyen un secreto empresarial (11). No obstante, *su uso por un competidor sí es considerado como una conducta desleal por numerosas sentencias* (12).
- c) *Se produzca una pérdida relevante e injustificada de clientes en un competidor en beneficio de otro empresario.* En primer lugar, hay que insistir en que la obtención de clientes de un competidor, basada en la eficiencia económica, no es desleal (13). Sin embargo, *una finalización de los contratos con los clientes de forma regular* (lo cual incluye la falta de prórroga de los mismos en el momento de su extinción), *sí es reputada por desleal cuando no responde a causas económicas. Sobre todo cuando hay una cercanía temporal entre la finalización de los contratos con el competidor y la contratación con el otro empresario, produciéndose un gran quebranto por el importante número de clientes que cambian de empresario* (14). A su vez, hay que señalar que alguna sentencia también se fija en la coincidencia temporal de la marcha de trabajadores del competidor a otra empresa junto con los clientes, aunque no haya habido incumplimiento contractual alguno por parte de los trabajadores y los clientes (15).
- d) *Concurrencia de medios que revelen la deslealtad de captación.* En este sentido, *las sentencias suelen reparar en el engaño y denigración* (16).

III. SUPUESTO DE HECHO DE LA ACCIÓN DEL ARTÍCULO 18.5.º DE LA LCD

El propio precepto establece con claridad que su supuesto de hecho lo constituye una producción de daños motivados por actos desleales en los

(11) Vid. STS de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999/8164) y STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262).

(12) Vid. STS de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999/8164); SAP de Valladolid, de 30 de enero de 2002 (AC 2002/515), y SAP de Burgos, de 8 de junio de 2005 (AC 2005/2253).

(13) Pronunciamientos ilustrativos al respecto se encuentran en las SSTs de 5 de junio de 1997 (RJ 1997/4608) y SAP de Barcelona, de 6 de abril de 2005 (AC 2005/856).

(14) Vid. STS de 19 de abril de 2002 (RJ 2002/3306) y la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 21 de marzo 2005 (JUR 2005/103284).

(15) Vid. SAP de Burgos, de 30 de enero de 2001 (AC 2001/795).

(16) Vid. SAP de Valencia, de 2 de diciembre de 2000 (JUR 2001/64230); SAP de Madrid, de 7 de octubre de 2005 (AC 2005/1757), y STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262), entre otras.

que haya intervenido dolo o culpa del autor de los mismos. En consecuencia, siguiendo a nuestra jurisprudencia (17), se podría decir que los elementos del supuesto de hecho son:

- a) *La comisión de un acto desleal* (18).
- b) *Que la actuación desleal se deba al dolo o la culpa del sujeto que realiza el mencionado comportamiento* (19).
- c) *Que se hayan producido unos daños efectivos, reales, actuales y evaluables económicamente* (20).
- d) *Que medie una relación de causalidad entre el hecho desleal y la producción de los daños* (21).

IV. CONCRECIÓN DE LOS DAÑOS RESARCIBLES

Con carácter previo habría que determinar qué tipo de daños son indemnizables. Debido al silencio que guarda la LCD al respecto, hay una gran incertidumbre. Sobre todo porque la posibilidad del uso de la denigración en la captación conlleva que puedan producirse daños morales, y por ende, que pueda condenarse a indemnizarlos. Sin embargo, puede concluirse siguiendo a BARONA VILAR (22) que *son indemnizables tanto los daños patrimoniales, generados por la pérdida de clientes, como los morales, originados por los medios desleales, sin olvidar los posibles gastos de la publicación de la sentencia cuando ésta se solicite*.

Como el tercer gasto no plantea controversia alguna, el estudio se centra en los otros dos gastos. No es frecuente la concurrencia de un daño moral en un supuesto de captación desleal de clientes, a no ser que medien actos de denigración u otros que puedan originarlos. No obstante, parece que *el mejor criterio para su determinación es el propuesto por la referida autora: atender a las circunstancias del daño, la gravedad de la lesión, difusión o audiencia del medio en que se haya producido y al beneficio que*

(17) Vid. SAP de Madrid, de 22 de abril de 1998 (AC 1998/1134); SAP de Castellón, de 18 marzo de 2000 (JUR 2001/106452); SAP de Málaga, de 20 junio de 2002 (JUR 2002/259909), y SAP de Valladolid, de 27 mayo de 2003 (JUR 2003/172521).

(18) Vid. SAP de Albacete, de 3 de junio de 1997 (AC 1997/1723).

(19) Vid. BACHARACH, «Acciones derivadas de la competencia desleal», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, págs. 134 y sigs., y «II Congreso de Derecho Mercantil», *op. cit.*, pág. 87.

(20) Vid. SAP de Madrid, de 13 de diciembre de 1994 (AC 1995/37).

(21) Vid. STS de 15 de octubre de 2001 (RJ 2001/9441) y STS de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6399).

(22) Cfr. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Normas procesales en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal*, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., Valencia, 1991, págs. 35 a 38.

se haya obtenido como consecuencia del acto que ha producido el daño moral (23).

Los daños materiales también son difíciles de determinar. Aunque para los casos de captación desleal parece que hay que partir de la premisa que éstos son los generados por la marcha de los clientes a otro competidor (24). Por ello, parece que *el criterio más adecuado para determinarlos es el beneficio obtenido* (25). En efecto, en un supuesto de captación desleal de clientes, el daño patrimonial es el perjuicio económico que supone la pérdida de los mismos. Por tanto, es claro que dicho daño coincide con el perjuicio anteriormente enunciado, constituyendo un lucro cesante, y como tal, éste no puede suponer una mera expectativa de ganancia, como a continuación se va explicar.

La jurisprudencia ha enfatizado que únicamente son indemnizables los daños reales, efectivos, actuales y evaluables económicamente (26). Lo cual reduce sustancialmente la posibilidad de reclamar un lucro cesante. Por consiguiente, *la acción del artículo 18.5.º no ampara meras expectativas o posibles futuros ingresos*. Tiene que haber una certeza de que se iban a obtener los daños que se reclaman, es decir, los ingresos de los clientes que han contratado con la competencia (27). Por esa razón, *la existencia de una captación desleal de clientes no conlleva la condena automática de resarcimiento de daños* (28), dándose casos en los que se declara la deslealtad sin concesión de indemnización (29).

Esta condena requiere un juicio de probabilidad atendiendo a lo que lógicamente cabe esperar del curso normal de las cosas y de las circunstancias del caso concreto (30). Entre dichas circunstancias *los tribunales se fijan en la duración de los contratos, la existencia de exclusividad con el cliente, si la relación era de proveedor, si la contratación era circunstancial* (31), la

(23) Es decir, los criterios previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de 1982, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Cfr. BARONA VILAR, «Competencia desleal. Normas procesales en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal», *op. cit.*, pág. 37.

(24) Vid. SAP de Burgos, de 30 de enero de 2001 (AC 2001/795).

(25) En este sentido, OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, 1.ª ed., Pamplona, 1994, pág. 261, denuncia la traslación defectuosa de la LCD suiza al incluir una acción de enriquecimiento injusto en vez de haber utilizado la ganancia obtenida por el infractor como criterio de cálculo de los daños. Sin embargo, algunos autores como BACHARACH, *op. cit.*, pág. 136, defienden una valoración equitativa del juez siguiendo la solución italiana.

(26) Vid. SAP de Madrid, de 13 de diciembre de 1994 (AC 1995/37), entre otras.

(27) Vid. STS de 28 de octubre de 2004 (RJ 2004/7208); SAP de Valencia, de 9 de diciembre de 2004 (JUR 2005/67520); SAP de Valencia, de 21 de abril de 2005 (AC 2005/1169), y SAP de Málaga, de 20 de junio de 2005 (JUR 2005/186693).

(28) Vid. STS de 19 de enero de 2006 (RJ 2006/2659).

(29) Vid. SAP de Barcelona, de 6 de abril de 2005 (AC 2005/856).

(30) Vid. STS de 19 de enero de 2006 (RJ 2006/2659).

(31) Vid. SAP de Barcelona, de 6 de abril de 2005 (AC 2005/856).

relación entre la pérdida de clientes y el descenso en la facturación, o si la principal razón de la contratación por parte de los clientes era la marca (32). Y es que la captación desleal de clientes y la reducción de facturación no tienen porqué estar necesariamente relacionadas, pudiendo haber otras causas.

Aunque a dichas circunstancias podrían sumarse otras como la fidelidad de los clientes en ese sector (33), que los clientes perdidos hayan seguido contratando los mismos servicios o productos, mantenimiento de los clientes perdidos por parte del competidor (34), la importancia de las relaciones personales a la hora de contratar por parte del cliente (35), etc. No obstante, el factor fundamental debería ser el motivo del cambio por parte de los clientes.

En consecuencia con lo anterior, *la fijación de la cuantía de los daños patrimoniales debe hacerse valorando la pérdida de la clientela (36). Y tal valor no puede ser otro que la ganancia efectivamente obtenida por el competidor de los clientes captados deslealmente, ya que ésta constituye una cifra real, efectiva y actual que es evaluable económicamente. Sin embargo, a dicha cuantía habría que adicionar, siempre y cuando las circunstancias del caso concreto así lo aconsejen, todos los daños indirectos que se hayan podido ocasionar.* Por ejemplo, indemnizaciones laborales que se hayan tenido que abonar por despidos motivados por el descenso de actividad provocada por la captación desleal de clientes, penalizaciones por retrasos en los pagos fruto de la falta de liquidez originada por la captación desleal, pérdida de los locales, maquinaria, patentes, licencias, etc., por falta de pago por la misma causa...

Al criterio de cálculo de los daños patrimoniales expuesto, hay que hacerle tres matizaciones. Una cuestión recurrente en la práctica es la concreción del intervalo temporal que se computa a efectos a determinar el daño. Al respecto, algunas sentencias parecen seguir el criterio de utilizar la facturación anual obtenida de los clientes captados deslealmente (37). Sin embargo, parece que el criterio más adecuado sería atender a la duración habitual de los contratos celebrados con esos clientes y la duración de los contratos que el competidor y el anterior proveedor o prestador de servicios han suscrito con ellos.

(32) Vid. SAP de Madrid, de 17 de febrero de 2005 (AC 2005/425).

(33) Por ejemplo, en el sector servicios, la fidelidad suele ser inferior. Un ejemplo claro de escasa fidelidad en el suministro de productos lo constituyen las gasolineras, donde la contratación con los clientes es más una cuestión de localización y oportunidad.

(34) Es obvio que si los clientes continúan durante un largo tiempo con el competidor es que están satisfechos con sus productos o servicios. En consecuencia, éste sería un indicio importante de que la captación de los clientes tuvo su origen en la eficiencia económica.

(35) Y es que en ese caso es más que dudoso que se produzca una captación desleal, puesto que el motivo del cambio no sería el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, sino del propio al establecer esa relación de confianza con el cliente. Vid. SAP de Guipúzcoa, de 19 de enero de 2005 (AC 2005/299).

(36) Vid. STS de 19 de enero de 2006 (RJ 2006/2659).

(37) Vid. SAP de Burgos, de 30 de enero de 2001 (AC 2001/795).

El primer intervalo permite observar cuál es la duración, en circunstancias normales, de la relación contractual con este tipo de clientes. El segundo proporciona el beneficio efectivamente obtenido por el competidor desleal. El tercero señala la ganancia que razonablemente podía esperar recibir el perjudicado. En la mayoría de los casos, ambos intervalos coincidirán, aunque en otros no. Para tales casos, y atendiendo siempre a las circunstancias del caso concreto, parece que habría que optar, en el caso de que fuera posible, por la duración del contrato que efectivamente hubiera celebrado el cliente con su anterior proveedor o prestador de servicios (38), puesto que la duración habitual respondería, en ese caso, a una mera expectativa.

La segunda de las matizaciones sería que hay que tener en cuenta que a la cuantía obtenida habría que quitarle los gastos en que hubiera incurrido el actor para prestar los servicios o suministrar los productos. En caso contrario se estaría enriqueciendo injustamente al demandante (39).

La tercera matización es que los tribunales conceden las indemnizaciones por lucro cesante con un criterio restrictivo, precisamente para evitar el mencionado enriquecimiento injusto por parte de los demandantes. Por tanto, en caso de duda sobre la existencia de los daños, éstos no deberían concederse.

En conclusión, los daños resarcibles se calcularían conforme a la siguiente fórmula:

$$\text{Indemnización por captación desleal} = DP + DM + GPS$$

Donde:

DP serían los daños patrimoniales, que estarían compuestos por los daños directos (el perjuicio económico proveniente de la pérdida de clientes) y los daños indirectos (indemnizaciones laborales, penalizaciones, etc.). El daño directo se determinaría por la ganancia obtenida por el competidor desleal por los clientes captados deslealmente durante el tiempo que hubieran contratado con el anterior prestador de servicios o proveedor. Y a tal cantidad habría que deducir los gastos en que se hubiera incurrido por suministrar los productos o prestar el servicio.

DM serían los daños morales ocasionados por los medios desleales y habrían de calcularse atendiendo las circunstancias de cada caso.

GPS serían los gastos ocasionados por la publicación de la sentencia.

(38) A estos efectos puede ser especialmente útil cualquier documento de la negociación de la renovación o de la prórroga del contrato relativo a la duración.

(39) Lo cual no deja de ser la aplicación de los principios *ob iniustam causam, ob causam turpem, condicio indebite*. Vid. STS de 13 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9002) y STS de 27 de julio de 1995 (RJ 1995/5734), aunque se refieran a otros casos.

V. REQUISITOS DE ESTIMACIÓN DE LAS ACCIONES DE LOS PRECEPTOS 18.1.º Y 18.5.º DE LA LCD

Aunque ambas acciones se acumulen en la práctica, esto no supone que cada acción pierda sus propios requisitos de estimación. Por ello, se van a analizar éstos de forma separada para cada acción.

1. ACCIÓN MERODECLARATIVA (art. 18.1.º de la LCD)

Siguiendo a BARONA VILAR (40), puede decirse que toda acción merodeclarativa tiene dos elementos que configuran su tutela: la existencia de una norma que ampare su ejercicio y de un interés. Respecto al primer elemento, ya se ha apuntado que el fundamento sustantivo de esta acción se encuentra en la cláusula general del artículo 5 de la LCD. Amén del procesal que, obviamente, radica en el artículo 18.1.º de la LCD. Por ello, el requisito de estimación es la concurrencia del supuesto de hecho descrito en el apartado II.

En cuanto a la necesidad de que exista un interés para su estimación, puede concluirse junto con BARONA VILAR (41), que deben concurrir los siguientes elementos:

- a) Justificación de la presencia de una incertidumbre real, objetiva y actual durante toda la pendencia del proceso. Es decir, debe haber una situación jurídica controvertida. En nuestro caso, la captación de clientes.
- b) Dicha situación debe hallarse en conexión con el demandado. En el supuesto estudiado en este artículo, tal conexión es la autoría o participación en la captación de clientes.
- c) La mencionada situación debe ocasionar un perjuicio al actor. Así, en el caso analizado, se produciría una pérdida de clientes con el consiguiente perjuicio económico.

Asimismo, a estos efectos es importante aclarar la interpretación que hay que hacer sobre el requisito de la subsistencia de la perturbación, que expresamente recoge el precepto 18.1.º de la LCD. Y ello porque una interpretación literal del artículo, tal y como impone el artículo 3.1 del Código Civil, conllevaría que no pudieran resarcirse los daños ocasionados por un acto desleal que ha sido completamente ejecutado.

(40) Cfr. BARONA VILAR, «Competencia desleal», *op. cit.*, pág. 112 y sigs. Aunque la citada autora postula la tutela merodeclarativa sin necesidad de que exista una norma expresa que ampare su ejercicio.

(41) Cfr. BARONA VILAR, «Competencia desleal», *op. cit.*, pág. 117 y sigs.

Por tanto, parece oportuno seguir la postura de OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, estimando que la palabra perturbación se refiere a los efectos (42). Así, todas las acciones que precisen para su estimación que el acto sea declarado desleal podrían prosperar aunque dicha conducta haya sido plenamente realizada. Y es que esta interpretación es la más coherente con el criterio sistemático que señala el citado artículo 3.1 del Código Civil, puesto que el conjunto de la LCD pretende evitar precisamente ese resultado.

En consecuencia con lo anterior, puede concluirse que los requisitos de estimación de la acción merodeclarativa son la existencia de una norma que ampare el ejercicio de la acción (arts. 5 y 18.1.º de la LCD), la concurrencia del supuesto de hecho de una captación desleal de clientes descrito en el apartado II, la subsistencia de los efectos de la captación desleal de los clientes (43) (es decir, su perjuicio) y la existencia de un interés en el ejercicio de la acción.

2. ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS (art. 18.5.º de la LCD)

Los requisitos de estimación de esta acción coinciden con los elementos de su supuesto hecho descritos en el apartado III, es decir, un acto desleal, la existencia de unos daños, una relación de causalidad entre ambos y que haya dolo o culpa del agente.

El problema surge con la limitación de la legitimación pasiva respecto a los sujetos que realicen, ordenen o cooperen con la realización del acto desleal. Esta restricción normativa, en cuanto a la legitimación pasiva, podría provocar que en todos los supuestos en los que no se pueda demostrar que la empresa beneficiaria de la captación desleal ordenó o participó en la misma (lo cual es bastante complicado en la realidad), ésta no podría ser condenada. Consecuentemente, el competidor que ha sufrido la conducta desleal sólo podría reclamar daños a las personas físicas que intervinieron en la misma, con el consiguiente riesgo de imposibilidad de cobro de los daños que se le hayan originado.

(42) Cfr. OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, *op. cit.*, págs. 266 a 268, haciéndose eco de las opiniones de otros autores como OTERO, GIMENO y BACHARACH. Así este autor sostiene que la exigencia del requisito de la subsistencia de la perturbación es un error de dicción al intentar emular su norma inspiradora la LCD Suiza. En igual sentido, vid. BARONA VILAR, *Competencia desleal*, pág. 124 y sigs., y SAP de Valencia, de 18 de julio de 1997 (AC 1997/1448). De hecho algunas sentencias, como la SAP de Valladolid, de 26 de mayo de 1997 (AC 1997/1047), incluso parecen aceptar que se pueda ejercitar la acción merodeclarativa antes de que se produzcan los efectos de la perturbación.

(43) En el caso de captación desleal de clientes parece que debe entenderse que no habría subsistencia de efectos si los clientes han vuelto a contratar con el actor. En efecto, en tal situación es difícil sostener una justificación para una tutela judicial al amparo de la LCD, ya que una contratación puntual con otro competidor es una consecuencia normal de la libertad y rapidez de contratación del mercado.

Por esa razón, parece pertinente ampliar la legitimación pasiva al sujeto beneficiario de la captación desleal, puesto que así se evita el tener que iniciar otro proceso con ese objeto, dándose cumplimiento al principio de economía procesal establecido en la Exposición de Motivos de la LEC. Además de esta forma se obtendría una solución más acorde a la equidad y a la justicia material que impone el artículo 1.1 de la Constitución.

La segunda cuestión controvertida es que el requisito del dolo o culpa del agente no se exige respecto al comportamiento desleal, conforme al artículo 5 de la LCD y la doctrina y jurisprudencia que lo aplica. Por tanto, se produce la paradoja que una captación desleal de clientes podría ser declarada y su autor y beneficiarios podrían no ser condenados a indemnizar los daños ocasionados debido a la falta de dolo o de culpa.

Esta consecuencia injusta ha sido sorteada por parte de la doctrina (44) mediante la postulación de una inversión de la carga de la prueba. Es decir, el establecimiento de una presunción *iuris tantum* de culpabilidad. Esta solución carente de respaldo normativo en nuestro ordenamiento parece la más adecuada, por cuanto establece una carga probatoria más ajustada a la realidad del supuesto. Y es que el competidor que ha sufrido la captación desleal difícilmente puede demostrar la intencionalidad o conocimiento y aceptación de los autores, partícipes o beneficiarios del acto desleal.

VI. POSIBLE DEFENSA ANTE LA ACCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL POR CAPTACIÓN DE CLIENTES

La acción del artículo 5 de la LCD es muy utilizada por los empresarios con la finalidad de evitar prácticas concurrenciales incómodas de sus competidores, como denuncia la SAP de Cádiz, de 12 de junio de 1992 (AC 1992/847).

Ante esta práctica, las principales líneas de defensa consisten en:

1. *Desacreditar la presunta titularidad de los clientes.* A este respecto, lo primero que hay que destacar es que no hay protección jurídica alguna para una pretendida relación exclusiva entre los clientes y los empresarios (45).

Sin perjuicio de lo anterior, nuestros tribunales atribuyen una especie de «titularidad» de los clientes a los empresarios de cara a analizar la posible deslealtad en la captación de clientes. Y para tal determinación se fijan en los siguientes datos:

(44) Vid. MOLINA BLÁZQUEZ, págs. 301 y 302. Aunque otros autores rechazan el requisito del dolo o la culpa, considerando que tal exigencia puede deberse a una mala traslación de la figura del Derecho alemán. Vid. OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, *op. cit.*, págs. 274 y 275.

(45) Vid. SAP de Barcelona, de 13 de julio de 2005 (AC 2006/267); SAP de Madrid, de 7 de octubre de 2005 (AC 2005/1757), y SAP de Madrid, de 9 de junio de 2006 (AC 2007/259).

- a) *Que la captación de clientes no se deba al buen hacer comercial del pretendido captador desleal* (46).
- b) *Que la relación con el cliente sea directa y se base en la confianza, siendo relevante, a este respecto, que al cliente le resulte indiferente quién le presta el servicio o le vende el producto*. Es decir, que el cliente prima la relación con la persona de contacto sobre la estructura empresarial del vendedor o del prestador de servicios (47).
- c) *Que el captador ya tuviera conocimiento o contacto de esos clientes* (48).
- d) *Que la clientela contratara con el anterior proveedor o prestador de servicios por una marca que pertenece al competidor que presuntamente le ha arrebatado deslealmente los clientes* (49).

En consecuencia, mediante la prueba de estas situaciones puede eliminarse un elemento esencial del supuesto de hecho del tipo del artículo 5 de la LCD: la «titularidad» de los clientes por parte del competidor. Y con la acreditación de su ausencia, la demanda ejercitada al amparo del citado artículo ha de ser desestimada.

2. *Falta de identificación de la presunta conducta desleal*. La acción del precepto 5 de la LCD recoge un tipo específico y autónomo del resto de conductas desleales contempladas en la Ley, como indican la STS de 6 de junio de 1997 (RJ 1997/4611), STS de 11 de octubre de 1999 (RJ 1999/7323) y STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262).

Esto implica que los actores deben identificar de forma precisa cuál es el pretendido comportamiento desleal, y que éste no sea encuadrable en ninguno de los otros tipos de la LCD. Por tanto, una conducta desleal de captación de clientes no permite el ejercicio de acciones al amparo de otros preceptos que no sean el 5 de la LCD. No obstante, la mayoría de las demandas suelen argumentar que hay una pérdida de clientes por estratagemas del competidor, ejercitando prácticamente todas las acciones previstas en la LCD, en un intento de que se estime la deslealtad mediante cualquier vía. Este tipo de demandas adolecen de forma flagrante de los requisitos de identificación de la conducta desleal y de sustantividad del tipo del artículo 5 de la LCD, y por ello, deben ser desestimadas.

3. *Carencia de prueba del hecho desleal*. Tras la derogación del precepto 26 de la LCD por la LEC, rige el principio general establecido en el artículo 217.2 de la LEC, consistente en que la parte que alega un hecho debe

(46) Vid. SAP de Guipúzcoa, de 19 de enero de 2005 (AC 2005/299).

(47) Vid. SAP de Madrid, de 7 de octubre de 2005 (AC 2005/1757), y SAP de Barcelona, de 13 de julio de 2005 (AC 2006/267).

(48) Vid. SAP de Valencia, de 2 de diciembre de 2000 (JUR 2001/64230).

(49) Vid. SAP de Madrid, de 17 de febrero de 2005 (AC 2005/425).

de probarlo. En consecuencia, *deben ser los demandantes los que acrediten, mediante pruebas claras, directas y categóricas, la realización del acto desleal* (50). Por tanto, todas las demandas que fallen en ese deber probatorio respecto a la existencia de medios que revelen deslealtad como la denigración, engaño o uso de listas de clientes, también deben ser desestimadas. Y es que, como comentan numerosas sentencias (51), incluso el contacto sistemático con antiguos clientes de un competidor no se considera desleal si no se acredita el empleo de medios que demuestren tal carácter.

4. *La finalidad de la LCD obliga a una aplicación restrictiva de la misma.* En efecto, la finalidad de la citada norma es proteger la competencia y los intereses de todos los operadores del mercado, incluyendo los consumidores, tal y como dispone el artículo 1 de la LCD, su Exposición de Motivos y mencionan algunas sentencias como la SAP de Zaragoza, de 1 de diciembre de 1997 (AC 1997/2393). Y la principal consecuencia de ello es que la estimación de este tipo de acciones debe ser restrictiva, como señala la SAP de Madrid, de 9 de junio de 2006 (AC 2007/259).

5. *Ausencia de los requisitos exigidos por el artículo 18.5.º de la LCD para obtener una indemnización por la conducta desleal.* Es notorio que el principal interés en el ejercicio de la acción del precepto 18.1.º de la LCD es la consecución de una indemnización por el ejercicio conjunto de dicha acción con la prevista en el artículo 18.5.º de la LCD, al amparo de los preceptos 71 y siguientes de la LEC.

Por esta razón, toda demanda ejercitada en virtud del artículo 18.5.º de la LCD, que no pruebe suficientemente cualquiera de estos elementos expuestos en el apartado III, y especialmente la causalidad entre el daño y la conducta desleal, debe ser desestimada. Además, también debe de precisarse que el daño reclamado en la mayoría de los casos es un lucro cesante. Es decir, los ingresos que hubiera percibido el competidor si los clientes hubieran seguido contratando con él. Y este tipo de daño es interpretado y concedido de forma restrictiva por nuestros tribunales (52).

(50) Vid. STS de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6399); STS de 1 de diciembre de 2005 (RJ 2005/7746) y STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262). Aunque a este respecto resulta especialmente ilustrativa la SAP de Sevilla, de 3 mayo de 2006 (AC 2006/2107).

(51) Vid. SAP de Barcelona, de 13 de julio de 2005 (AC 2006/267); la SAP de Sevilla, de 3 mayo de 2006 (AC 2006/2107); la SAP de Madrid, de 9 de junio de 2006 (AC 2007/259), y STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262), entre otras.

(52) Vid. STS de 28 de octubre de 2004 (RJ 2004/7208); SAP de Valencia, de 9 de diciembre de 2004 (JUR 2005/67520); SAP de Valencia, de 21 de abril de 2005 (AC 2005/1169), y SAP de Málaga, de 20 de junio de 2005 (JUR 2005/186693).

VII. CONCLUSIÓN

Por tanto, el corolario del presente artículo es que la captación de clientes por un competidor únicamente es desleal cuando se realiza con medios que acrediten tal carácter. Éstos son principalmente el aprovechamiento de los medios, méritos o infraestructura del competidor. Y es precisamente en la identificación de tal conducta y en su prueba, donde suelen fallar las acciones fundamentadas en una captación desleal de clientes. Lo cual motiva que la mayoría de esas demandas deban ser desestimadas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BACHARACH: «Acciones derivadas de la competencia desleal», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE y Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, 1.ª ed., págs. 121 a 137.
- BARONA VILAR: *Competencia desleal. Normas procesales en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., Valencia, 1991.
- *Competencia desleal*, Tirant lo Blanch, 2.ª ed., Valencia, 1999.
- DE LA CUESTA: «Significado de la Ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE y Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1.ª ed., Madrid, 1992, págs. 24 a 33.
- MASSAGUER: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1999.
- MOLINA BLÁZQUEZ: *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Montecorvo, 1.ª ed., Madrid, 1993.
- OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, 1.ª ed., Pamplona, 1994.
- VÁZQUEZ CUETO: «La apropiación de la clientela ajena y la Ley de Competencia Desleal», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 244, abril-junio de 2002, Madrid, págs. 569 a 652.

IX. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

- STS de 13 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9002).
- SAP de Cádiz, de 12 de junio de 1992 (AC 1992/847).
- SAP de Madrid, de 13 de diciembre de 1994 (AC 1995/37).
- SAP de Huesca, de 21 de enero de 1995 (AC 1995/121).
- SAP de Barcelona, de 1 de septiembre de 1995 (AC 1991/1718).
- STS de 27 de julio de 1995 (RJ 1995/5734).
- SAP de Lérida, de 9 de mayo de 1997 (AC 1997/1139).
- SAP de Valladolid, de 26 de mayo de 1997 (AC 1997/1047).

- SAP de Albacete, de 3 de junio de 1997 (*AC* 1997/1723).
- STS de 6 de junio de 1997 (*RJ* 1997/4611).
- SAP de Valencia, de 18 de julio de 1997 (*AC* 1997/1448).
- SAP de Zaragoza, de 1 de diciembre de 1997 (*AC* 1997/2393).
- SAP de Madrid, de 22 de abril de 1998 (*AC* 1998/1134).
- STS de 11 de octubre de 1999 (*RJ* 1999/7323).
- STS de 29 de octubre de 1999 (*RJ* 1999/8164).
- SAP de la Audiencia Provincial de Castellón, de 18 marzo de 2000 (*JUR* 2001/106452).
- SAP de Valencia, de 2 diciembre de 2000 (*JUR* 2001/64230).
- SAP de Burgos, de 30 de enero de 2001 (*AC* 2001/795).
- STS de 15 de octubre de 2001 (*RJ* 2001/9441).
- SAP de Valladolid, de 30 de enero de 2002 (*AC* 2002/515).
- STS de 19 de abril de 2002 (*RJ* 2002/3306).
- SAP de Málaga, de 20 de junio de 2002 (*JUR* 2002/259909).
- SAP de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 27 mayo de 2003 (*JUR* 2003/172521).
- STS de 29 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003/6399).
- STS de 28 de octubre de 2004 (*RJ* 2004/7208).
- SAP de Valencia, de 9 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/67520).
- SAP de Guipúzcoa, de 19 de enero de 2005 (*AC* 2005/299).
- SAP de Toledo, de 4 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/73971).
- SAP de Madrid, de 17 de febrero de 2005 (*AC* 2005/425).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 21 de marzo 2005 (*JUR* 2005/103284).
- SAP de Barcelona, de 6 abril de 2005 (*AC* 2005/856).
- SAP de Valencia, de 21 de abril de 2005 (*AC* 2005/1169).
- SAP de Burgos, de 8 de junio de 2005 (*AC* 2005/2253).
- SAP de Málaga, de 20 de junio de 2005 (*JUR* 2005/186693).
- SAP de Barcelona, de 13 julio de 2005 (*AC* 2006/267).
- SAP de Madrid, de 7 de octubre de 2005 (*AC* 2005/1757).
- STS de 1 de diciembre de 2005 (*RJ* 2005/7746).
- STS de 19 de enero de 2006 (*RJ* 2006/2659).
- SAP de Sevilla, de 3 de mayo de 2006 (*AC* 2006/2107).
- SAP de Madrid, de 9 de junio de 2006 (*AC* 2007/259).
- STS de 24 de noviembre de 2006 (*RJ* 2007/262).

RESUMEN

COMPETENCIA DESLEAL

Un caso recurrente al que se enfrentan nuestros tribunales es la captación desleal de clientes. El ánimo de los empresarios de evitar la pérdida de los mismos, o al menos conseguir una compensación, junto con la indeterminación jurídica en torno a este supuesto, han motivado que las demandas por esta causa proliferen de forma exponencial.

Como se ha apuntado, el principal problema de este supuesto es concretar el hecho al que el ordenamiento reputa desleal. En este sentido, el principal criterio para determinarlo, según la jurisprudencia y la más destacada doctrina, es la circunstancia de que los clientes se hayan obtenido mediante el engaño, el descrédito del competidor o la utilización de sus medios o infraestructuras, como las listas de clientes. Es decir, el ordenamiento únicamente protege la eficiencia económica y no la relación de exclusividad con los clientes, desligándose de los principios éticos o deontológicos que puedan resultar aplicables.

La otra cuestión especialmente controvertida es qué conceptos pueden ser objeto de indemnización. Siguiendo a nuestros tribunales y autores, puede concluirse que la compensación puede incluir: (i) el daño emergente, compuesto por los gastos que ha tenido que afrontar el perjudicado; (ii) el lucro cesante, integrado por los beneficios obtenidos por el competidor desleal por la correspondiente prestación de servicios o suministro; (iii) los daños morales; (iv) los gastos de publicación de la sentencia. Al respecto es importante resaltar que la concesión del lucro cesante suele ser restrictiva.

Por tanto, el éxito de este tipo de demandas depende de la correcta identificación y prueba suficiente del acto desleal.

ABSTRACT

UNFAIR COMPETITION

One recurring type of case our courts have to face is that of unfair practices to steal customers. Because of business owners' anxiety to avoid losing clients, or at least their anxiety to receive compensation, together with the legal fuzziness surrounding the event, suits on these grounds are proliferating exponentially.

As hinted, the main problem in such circumstances is specifying the event that legislation holds to be «unfair». In this sense, the main criterion for determining unfairness according to case law and leading doctrine is the circumstance of the customers' having been obtained by means of deceit, some discrediting of the competitor or some use of the competitor's resources or infrastructure, such as the competitor's customer lists. That is to say, legislation protects only economic efficiency, not a company's exclusive relationship with its customers, and is unattached to any ethical or deontological principles that may prove applicable.

The other especially controversial issue is for what items damages may be sought. Following our courts and authors, it may be concluded that compensation may include: (i) indirect damage, comprising the expenses the injured party has had to bear; (ii) loss of income, made up of the profits earned by the unfair competitor through the corresponding rendering of services or supply; (iii) mental anguish; (iv) the expenses of publishing the ruling. It is important in this respect to emphasize that the granting of loss of income is usually restrictive.

Therefore, the success of this type of suit depends on correct identification and sufficient proof of the unfair act.

(Trabajo recibido el 09-01-08 y aceptado para su publicación el 10-10-08)