

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 99/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 6ºTº

DFA 0006-000228/2019

SEF 0006-000099/2019

TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE SEXTO TURNO.

MINISTRA REDACTORA: Dra. Martha Alves De Simas.

MINISTRAS FIRMANTES: Dras. Martha Alves De Simas, Marta Gómez Haedo, Mónica Bórtoli Porro.

Montevideo, 10 de junio de 2019.

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia, estos autos caratulados: "DORALET SA Y OTROS C/ QUINTANA, MAURICIO Y OTROS, DAÑOS Y PERJUICIOS", IUE 2-23472/2016; venidos a conocimiento de este Tribunal en mérito al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada por la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia en lo Civil de 11º Turno, Dra. Lola Gómez.

RESULTANDO:

1º) La impugnada, a cuya relación de hechos se remite por ajustarse a lo actuado en autos, amparó parcialmente la demanda y en su mérito, ordenó a los demandados a no realizar actos que impliquen: a) desorganizar la estructura empresarial de Netcom y de las empresas actoras; b) desprestigiar o denigrar a las accionantes o al nombre Netcom; c) contactar directa o indirectamente a propietarios de puntos de publicidad exterior que mantienen contratos vigentes con las sociedades comparecientes (NETCOM) con la finalidad de ofrecerles servicios y d) a utilizar en su provecho o en el de terceros información comercial de propiedad de Netcom y de las comparecientes. Condenó a la demandada a abonar a la parte actora los daños y perjuicios detallados en el Considerando XI y cuya determinación se deriva a la vía de liquidación de sentencia. Desestimó la demanda en lo demás, sin especial condenación.

2º) Contra la referida sentencia, la parte demandada a través de sus representantes procesales, interpuso recurso de apelación, invocando como agravios:

a) La decisión viola las reglas de valoración de la prueba; fraccionando los medios probatorios, tomando de ellos solo lo que permite aisladamente la identificación de supuestos actos desleales, desconociendo los pasajes de esa misma prueba que dan cuenta de la licitud de la competencia planteada, lo que vulneró su derecho de defensa.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 99/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 6ºTº

No se hizo una valoración global de la prueba producida, refiriendo y explayándose en los diversos casos.

b) Se condena indebidamente por responsabilidad extracontractual derivada de competencia desleal, identificándose ilícitos que no son tales, identificando daños que no son tales o no derivan de su conducta.

c) La sentencia condena al Sr. Mauricio Quintana al pago de una multa prevista en un contrato rescindido, sin fundamentación alguna.

La condena solo surge del Considerando XI, pero no fue impuesta en el fallo. Asimismo, se omite considerar que el contrato que regula la confidencialidad fue rescindido por acuerdo de partes; no habiéndose acordado en la rescisión ninguna cláusula de similar naturaleza.

d) La decisión viola la Constitución y la ley, ya que bloquea en términos absolutos la competencia en violación de la libertad de comercio, de la libertad de trabajo, de la libertad de los titulares de puntos de publicidad e impone en forma ilegal una barrera a la competencia violando la Ley de Defensa de la Competencia (arts. 1 y 2 de la Ley 18.158), en una prohibición con contornos no precisos que determinan la imposibilidad de que Adwall trabaje en el mercado.

3º) Sustanciado el recurso, la parte actora abogó por el mantenimiento de la decisión en los términos de fs. 861 a 873.

4º) Franqueada la alzada y recibidos los autos, se dispuso el pasaje a estudio de rigor.

5º) Culminado el estudio se acordó el dictado de decisión anticipada conforme dispone el artículo 200.1 del Código General del Proceso.

CONSIDERANDO:

I) La Sala, con el número de voluntades requerido en la Ley (art. 61 de la LOT), habrá de confirmar la decisión de primera instancia, salvo en el aspecto que se explicitará.

II) El caso de autos.

En la especie, Doralet S.A., Satenil S.A., Motenix S.A y Buena Señal promovieron demanda de daños y perjuicios, cese definitivo de actos ilegítimos y de competencia desleal, contra Mauricio Quintana, Juan Correa, Marcelo Ramírez, Miguel Otegui y Colkey S.A. (fs. 223 y sgtes).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 99/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 6ºTº

Expresaron en lo medular: las sociedades actoras son sociedades comerciales integrantes de Netcom, las cuales, sin perjuicio de contar con sus respectivos órganos de administración, responden a una misma dirección unificada que es ejercida por Gabriel Rodríguez.

Netcom a través de las cuatros sociedades se dedica a la comunicación en publicidad exterior. Su actividad principal consiste en la difusión de marcas de bienes y servicios de sus clientes, mediante la colocación de carteles publicitarios de gran o mediano tamaño, en edificios o terrenos ubicados estratégicamente en puntos de gran circulación, tanto en ciudades como en terrenos visibles desde carreteras u otros lugares de gran visibilidad. Asimismo, realizan publicidad en ómnibus de servicio urbano de transporte en Montevideo.

Manifestaron que tres de las cuatro personas físicas demandadas ocupaban puestos sensibles y estratégicos en la estructura empresarial de Netcom. Juan Correa ocupaba el cargo de Gerente, inmediatamente por debajo de los dos Directores de Netcom; Mauricio Quintana era el responsable de las áreas de operaciones y nuevos proyectos de Netcom y Marcelo Ramírez estaba encargado del área de relaciones institucionales.

El Sr. Miguel Otegui es director de Colkey SA que gira bajo el nombre comercial de Adwall Publicidad Exterior.

Entre los meses de julio a octubre de 2015 los Sres. Correa, Quintana y Ramírez se desvincularon voluntariamente de la sociedad de Netcom y se incorporaron a la sociedad Colkey S.A.

Sostienen que dicha sociedad y las cuatro personas físicas demandadas han realizado en forma concertada, coordinada y con plena conciencia, diversos actos ilícitos tendientes a desorganizar, desprestigiar y desestabilizar a Netcom con el claro propósito de desplazarla del mercado o de reducir sustancialmente su participación en el mismo, en forma incompatible con su propia subsistencia, apropiándose por medios ilícitos de clientes e ingresos de Netcom.

A su vez, los Sres. Correa, Quintana y Ramírez han incumplido obligaciones pactadas expresamente en los acuerdos que celebraron al momento de su desvinculación de Netcom, violando cláusulas de confidencialidad y compartiendo con Colkey SA, intencionalmente y de mala fe, información comercial privada y protegida de las sociedades comparecientes.

Solicitan se haga lugar a la demanda y, en definitiva, se condene a todos los demandados a no realizar actos que impliquen desorganizar, desprestigiar, contactar o utilizar información de Netcom y a reparar los daños y perjuicios causados a los actores por las sumas de \$ 2.335.440 y U\$S 477.678, con más sus intereses y el reajuste correspondiente.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 99/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 6ºTº

III) Análisis de agravios.

Valoración de la prueba.

Contrariamente a lo sostenido por la impugnante, la Sala comparte la valoración de la prueba que se efectuara en el grado anterior, así como la fundamentación de la sentencia respecto de las cuestiones jurídicas involucradas.

Según Gorphe, el proceso de valoración probatoria implica una triple tarea: "...fijar los diversos elementos de prueba, confrontarlos para verificar y apreciar su verosimilitud, y, por último, sacar la conclusión del conjunto sintético y coherente que de ellos resulte. Para esto debe utilizarse un método crítico de conjunto y al mismo tiempo analítico, que se aplica de distinto modo a cada medio de prueba, pero que debe ser lo bastante general para referirse a la totalidad y lo suficientemente sistemático para comprender las relaciones entre todos los elementos, sin limitarse a analizar su exclusiva significación directa, sino teniendo en cuenta las necesarias conexiones, concordancias o discrepancias con los demás" (cf. aut. cit. en "De la apreciación de la prueba", Edit. Ejea, Buenos Aires).

Devis Echandía sostiene que "por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido" (cf. aut. cit. en Teoría General de la prueba judicial, T. I).

Como preceptúa el artículo 140 del Código General del Proceso, se deben indicar los medios de prueba que fundan principalmente la decisión. No se tiene el deber de expresar la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de aquellas esenciales y decisivas para la fundamentación de las conclusiones.

Tal procedimiento se cumplió cabalmente en el grado anterior, sin que la apreciación subjetiva y sesgada que de algunos medios probatorios se efectúa en el libelo introductorio del grado, enerve tal conclusión.

En la especie se demandó el resarcimiento de los daños y perjuicios provenientes de responsabilidad extracontractual por competencia desleal.

La concurrencia o competencia desleal fue definida en el artículo 10 del Convenio de París como "todo acto de concurrencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial".

Los Dres. Rippe y Germán sostienen que la situación se verifica cuando "...una o más personas emplean medios ilícitos para atraer o desviar la clientela de otra u otras personas. Es una actividad en

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 99/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 6ºTº

la que se persigue la atracción y captación de compradores, la formación, consolidación o incremento de la clientela, utilizando medios que la conciencia social rechaza como contrarios a la moral y a los usos honestos" (cf. auts. cit. en Anuario Der. Comercial, T. 8).

Se requiere para su configuración: a) un acto de concurrencia entre competidores; b) una conducta contraria a las reglas de lealtad comercial (denigración, desintegración interna de la empresa rival); c) que esa conducta sea susceptible de provocar un perjuicio al competidor.

Si bien en principio, en el régimen de libre competencia es lícita la utilización de medios apropiados para obtener ventajas respecto a quienes compiten en el mismo rubro, los procedimientos o medios que se utilicen para ello deben responder a una leal competencia.

A la luz de estos extremos, se coincide con la Sra. Magistrada de la instancia anterior que se configuraron en la especie, los presupuestos que configuran competencia o concurrencia desleal, por lo que la parte plurisubjetiva demandada deberá responder de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 1319 y 1321 del Código Civil.

IV) No resultó contradicha en autos la vinculación en puestos claves de Netcom de los Sres. Correa, Quintana y Ramírez.

El Sr. Juan Correa era el Gerente de Netcom y como tal tenía a su cargo la planificación, organización y gestión de recursos.

El Sr. Mauricio Quintana era el responsable del área operaciones y nuevos proyectos; mientras que el Sr. Marcelo Ramírez estaba encargado del área de relaciones institucionales.

El retiro de Netcom de los antes mencionados en un período de dos meses (28 de agosto, 9 de octubre y 30 de octubre de 2015 respectivamente), para incorporarse a una empresa del mismo rubro y creada días antes de la primer desvinculación, -Colkey SA, creada el 14 de agosto de 2015, siendo su director el Sr. Miguel Otegui, tal como surge de fs. 8 y 9,- permite inferir sin mayor esfuerzo, la desorganización interna de Netcom en un claro intento de desestabilización y desintegración de la empresa.

El caos provocado en todo el proceso de trabajo fue descripto por la Sra. Alejandra Miranda (pistas 1 a 3 Audire), quien tuvo un rol gerencial en Netcom desde el 3 de noviembre de 2015 a junio de 2017 en que se retiró por circunstancias personales. La misma manifestó que el proceso de reorganización llevó todo el año 2016 y que incluso los directores debieron asumir tareas de las diversas áreas.

Más allá de que la salida de Correa, Quintana y Ramírez fuera negociada, circunstancia de la que dan cuenta los sendos acuerdos obrantes a fs. 10 a 13 y 16 y 17 de autos, la conducta posterior asumida

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 99/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 6ºTº

por los recurrentes, incorporándose a una empresa competidora creada días antes del proceso de desvinculación y la violación de la cláusula de confidencialidad, haciendo uso de información que obraba en su poder en razón de las funciones que desempeñaran para Netcom, como se examinará seguidamente, evidencian la configuración de una conducta que ingresa en competencia desleal.

La impugnante pretende en su libelo recursivo examinar aisladamente los hechos para basar en ellos una práctica comercial normal y lícita propia de la libre competencia en la que tanto insiste, pretendiendo desconocer el examen global y exhaustivo de todos los hechos y conductas que evidencian su proceder ilícito.

No obstante lo expresado, la Sala ingresará al análisis de los agravios que en cada caso se interpusieran.

Prismaflex. A fs. 18 a 25 obran impresiones de páginas de internet referidas a esta empresa francesa dedicada a tecnología led, comunicación interior y exterior y comercialización e instalación de soportes y de la página de Adwall (nombre de fantasía de Colkey SA), en la que expresa ser distribuidora exclusiva para Uruguay de los productos de Prismaflex.

La vinculación entre ambas se realizó a través del Sr. Mauricio Quintana, quien utilizando el nombre de Netcom, logró el 3 de setiembre de 2015, obtener una entrevista y visita a la empresa, tal como surge de fs. 18, cuando aún se encontraba vinculado a Netcom por el contrato de arrendamiento de servicios obrante a fs. 14 y 15, del que se desvinculara el 9 de octubre de 2015.

Como bien expresa la Sra. Juez a-quo, se trató de un acto preparatorio en el que se utilizó el nombre de Netcom, para llegar a la empresa francesa, de otra forma no se explica como un simple turista en su luna de miel logra entrevistarse con un funcionario de una multinacional.

Por otra parte, si alguna objeción merecía a la demandada el muro de Facebook que da cuenta de la utilización del nombre de Netcom, para obtener un beneficio para Adwall, debió impugnar de falsedad el mismo y agotar los mecanismos para demostrar que fue pre constituido por su contraria.

Dirección Nacional de Hidrografía.

Los agravios al respecto no resisten mayor análisis.

Como bien se expresa en la impugnada, el Sr. Quintana era la cara visible de Netcom ante la Dirección Nacional de Hidrografía y a fines del mes de setiembre a escasos días de su retiro, coordinó una reunión con dicha Dirección y anunció que iría el Sr. Juan Correa, quien ya hacía un mes que no pertenecía a Netcom y se encontraba prestando funciones para Adwall.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 99/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 6ºTº

El hecho quedó al descubierto cuando una funcionaria de la DNH, Natalia Martínez, se comunicó con Netcom para cambiar la fecha de la reunión, tal como surge de la declaración de Cecilia Isasa en Audire, pista 5, audiencia de 5/9/2017.

A su vez, Tamara Viera, funcionaria de la DNH (pistas 8 a 10 Audire), manifestó que Netcom es la adjudicataria de la licitación abreviada para suministro de cartelería y publicidad en los puertos, con contrato hasta abril del 2017 o 2018.

Las caras visibles por Netcom eran Correa y Quintana quienes fueron a comunicar que no pertenecerían más a Netcom. Le expresaron que iban a abrir una empresa, que se iban a instalar por su cuenta, le describieron como iban a ser sus carteles, le mostraron un carpetín con materiales, folletería. Posteriormente Quintana fue a solicitar un espacio en Punta del Este no recordando detalles.

Al ser interrogada de si es habitual que cuando una persona se retira de una empresa vaya a informar que tiene una nueva empresa o dejar folletería, luego de pretender dar una respuesta genérica expresó que no se le ha dado un caso concreto así.

Se está en presencia entonces de una nueva conducta desleal, más allá de que tratándose de un Organismo Público no lograra el propósito de desviar el cliente.

COME.

Al respecto la impugnante sostuvo que "Adwall no se contactó con los integrantes de la directiva conocidos por Netcom, sino que contrató con una nueva directiva integrada por Pires y Kechichian", como si la Cooperativa de Transporte dependiera de la directiva de turno.

Con tal endeble argumentación pretendió desconocer que se prevaleció de los conocimientos y negociación que Quintana, siendo parte de Netcom, tuviera a su cargo para la colocación de publicidad interna en los ómnibus.

Tal como expresara Miranda, uno de los proyectos principales que la empresa necesitaba encarar era la publicidad en los ómnibus de COME, la que en una primera instancia implicaba la publicidad interna. La testigo manifestó que si bien no vió el contrato en tal sentido, al mes de haber ingresado en Netcom se comenzó a ejecutar dicha publicidad, relatando en que consistía. Expresó que desde noviembre de 2015 y durante el 2016 se comercializaron campañas para el interior de los ómnibus.

Al encarar la segunda instancia de negociación para la publicidad exterior se constató que ya había aparecido la publicidad de Adwall, publicidad que de estar a lo manifestado por Kechichian, fue

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 99/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 6ºTº

negociada por Quintana cuando aún formaba parte de Netcom, lo que exime de mayor desarrollo.

Subway

Al respecto, la recurrente pretende, bajo el argumento de publicidad comparativa y libre competencia, ocultar lo que constituyó un acto denigrante y anti ético como bien expresa la magistrada del grado anterior.

En efecto, tal como emana de fs. 28 a 46 Colkey SA (Adwall) envió a Subway una secuencia fotográfica en la que aparece una lona publicitaria colocada por Netcom en la que se publicitan los productos de Subway. Las fotos fueron sacadas por el Sr. Quintana a diferentes distancias, pretendiendo con ello probar que la publicidad no se veía con claridad.

Quintana pretendió con ello no solo denigrar el producto de Netcom, sino también llegar con su propuesta al Sr. Alvaro Banchemo, director de Subway, a quien conocía desde tiempo atrás.

De acuerdo a lo declarado por Banchemo (pista 1 a 3 Audire, audiencia 30/11/2017) al recibir el correo llamó a Quintana para saber de que se trataba y lo pasó a Estevez, director de PHD, -agencia de medios que negocia la publicidad de Subway con las distintas agencias-, y este a su vez reenvió el correo a Rodríguez de Netcom.

Claramente entonces se pretendió a través de tal conducta desprestigiar a Netcom y tratar de captar un cliente que bien sabía Quintana que era de Netcom.

Puntos urbanos y carreteros de Netcom

Edificios Dunhil, Malaika y Giannina y Sres. Ana Dellacasa, Raquel Rodríguez y Jorge Benedykt.

También al respecto la impugnante pretende argumentar que su proceder se encuentra amparado por la Ley de Defensa de la Competencia y que tratándose de puntos públicos su proceder fue casual.

No les asiste razón en su planteo.

Bien sabían los Sres. Quintana, Correa y Ramírez quienes eran clientes de Netcom y los precios que se habían pactado, no obstante lo cual enviaron a través de Adwall propuestas a los edificios Dunhil (fs. 56, 186 a 188), Malaika y Giannina (fs. 47 a 51) y a los propietarios de puntos carreteros en los que existía publicidad de Netcom, ofreciendo precios mayores, lo que obligara a la actora a renegociar en condiciones más desventajosas.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 99/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 6ºTº

Se demostró asimismo el ofrecimiento de la base de datos de clientes de Netcom que efectuara Correa a Marcelo Pérez, según emana del testimonio del mensaje de whatsapp enviado por Pérez al director de Netcom Gabriel Rodríguez obrante a fs. 337 a 339 y las declaraciones de Marcelo Pérez impecablemente relevada en la instancia anterior, sin que la impugnante lograra desvirtuar dicha prueba por medios idóneos.

En suma entonces, los medios y procedimientos utilizados por la demandada no fueron propios de una leal y honesta competencia, tipificando su conducta los presupuestos de responsabilidad civil extracontractual, esto es, hechos y conductas ilícitas que guardan relación directa con los daños detallados en el Considerando XI de la decisión de primera instancia y cuyo monto deberá determinarse en vía incidental de liquidación de sentencia.

No medió entonces violación alguna a la Constitución o la Ley como reiteradamente pretendió hacer ver la impugnante, en tanto la decisión recaída en nada impide o violenta su libertad de trabajo en un régimen de libre y leal competencia en el mercado.

V) Multa.

Se hará lugar en cambio al agravio en tanto se impone a Mauricio Quintana el pago de la multa por incumplimiento del deber de confidencialidad.

Dicha condena no aparece en el fallo, pero en la parte expositiva de la decisión se alude a la misma.

La Sala entiende que no corresponde aplicar dicha multa.

Si bien en el contrato de arrendamientos de servicios que vinculara a Quintana se estableció una multa de U\$S 50.000 en caso de violación del deber de confidencialidad (fs. 14 y 15), en el Acuerdo de Rescisión celebrado el 9 de octubre de 2015 (fs. 12 y 13), no se siguió similar temperamento.

Obsérvese que si bien se previó la cláusula de confidencialidad, nada se dijo respecto de la multa en caso de violación.

Tratándose de una sanción, la misma debe interpretarse restrictivamente por lo que debió pactarse expresamente en el Acuerdo de Rescisión.

La omisión en tal sentido determina que no corresponda su imposición.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 99/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 6ºTº

VI) No existe mérito para imponer especiales sanciones en el grado (arts. 688 CC, 261 y 56 del CGP).

Por lo expuesto, el Tribunal, FALLA:

Confírmase la sentencia de primera instancia, salvo en cuanto impone al Sr. Mauricio Quintana el pago de multa en lo que se revoca, sin especial condenación en el grado.

Notifíquese personalmente a las partes.

Oportunamente devuélvase a la Sede de origen.

Dra. Martha Alves de Simas

Ministra

Dra. Marta Gómez Haedo

Ministra

Dra. Mónica Bórtoli Porro

Ministra

Esc. Rossina Merello

Secretaria