



Roj: **SJM M 81/2018 - ECLI: ES:JMM:2018:81**

Id Cendoj: **28079470072018100009**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **16/04/2018**

Nº de Recurso: **487/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Juicio ordinario**

Ponente: **JUAN CARLOS PICAZO MENEDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid.

Autos: JO 487/14

Demandante: OUTMARK, S.L. y Pablo .

Demandado: DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. y Elisabeth .

SENTENCIA N.º.

En Madrid, a 16 de abril de 2018.

Vistos por mí, Juan Carlos Picazo Menéndez, los autos del presente Juicio Ordinario, procedo a dictar la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por la representación procesal de OUTMARK, S.L. y Pablo se interpuso demanda de Juicio Ordinario contra DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. y Elisabeth en fecha 9/07/2014 solicitando:

1.- Que se declare que DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. y Elisabeth han realizado actos de competencia desleal mediante la extracción ilícita y difusión en el mercado de secretos empresariales desarrollados por OUTMARK, S.L. y Pablo .

2.- Que se declare que DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. y Elisabeth han infringido los derechos de propiedad intelectual de OUTMARK, S.L. y Pablo a partir de la reproducción, distribución y explotación autorizada de materiales propiedad de las actoras.

3.- Y, como consecuencia de lo anterior, se condene a DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. y Elisabeth a:

- Cesar en las actuaciones de competencia desleal.
- Cesar en la infracción de derechos de propiedad intelectual de OUTMARK, S.L. y Pablo .
- A Elisabeth a devolver los materiales propiedad de OUTMARK, S.L.
- A DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. a retirar del mercado, a su costa, los referidos materiales.
- A indemnizar a OUTMARK, S.L. y Pablo por enriquecimiento injusto.
- A indemnizar a OUTMARK, S.L. y Pablo los daños y perjuicios causados por competencia desleal o por infracción de los derechos de propiedad intelectual.
- A publicar la sentencia.
- Costas.

SEGUNDO .- Por decreto de 11/03/2015 se admitió a trámite la demanda, dándose traslado de la misma a la parte demandada para su contestación.



Por la representación procesal de Elisabeth fue contestada la demanda, en tiempo y forma, por escrito de 17/04/2015, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas del actor.

Por la representación procesal de DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. no fue contestada la demanda, aunque se personó en autos, por lo que fue declarado la preclusión del plazo para contestar por decreto de 18/09/2015.

TERCERO.- Celebrada la correspondiente audiencia previa el 8/02/2016, en la misma quedaron las partes citadas al acto de juicio, que se celebró en día 19/10/2017. Practicadas las pruebas en su momento propuestas y admitidas, y presentadas conclusiones por escrito, quedó el pleito visto para sentencia por diligencia de 28/11/2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Acciones ejercitadas.

Se ejercita en el presente proceso una acción declarativa de deslealtad, acumulada a otras de cesación de una conducta desleal e indemnización de daños y perjuicios, todas del artículo 32 LCD, además de una acción de infracción de derechos de propiedad intelectual.

Se le imputa a la demandada actos de competencia desleal tipificados en la cláusula general del artículo 4 LCD, además de los artículos 11.2, 12, 13 y 14 LCD.

Por su parte, las partes demandadas se oponen a la demanda alegando la inexistencia de conductas que puedan tipificarse como desleales.

SEGUNDO.- Hechos probados.

Podemos considerar probado, a partir de la documental obrante en autos y la prueba practicada en el acto de la vista que:

1.- OUTMARK, S.L. es una sociedad, de la que es administrador único Pablo . Dicha mercantil se dedica a impartir cursos de formación para adultos y organizaciones, públicas y privadas de todo tipo. Entre los cursos impartidos por OUTMARK, S.L. se encuentran un modelo de curso dirigido a la formación en ventas.

2.- Dicho curso de formación en ventas o formación de comerciales ha sido impartido por parte de OUTMARK, S.L. a distintas entidades, entre las que se encuentra La Caixa.

3.- En dichos cursos se emplea por parte de los formadores de OUTMARK, S.L. distinto material, que se entrega a los formadores, creándose un "manual de formadores".

4.- OUTMARK, S.L. posee una base de datos con objeciones manifestadas por clientes frente a una propuesta comercial.

5.- Frente a dichas objeciones, los formadores de OUTMARK, S.L. enseñaban a los asistentes a sus cursos a rebatir las mismas con una serie de repuestas frente a las mismas. Dicha técnica consistía en mediante una respuesta emocionalmente afirmativa, hacerle ver al cliente que puede tener una alternativa a su negativa u objeción, cerrando con otra afirmación emocionalmente positiva.

6.- Dicho "bocata emocional" se ha plasmado por OUTMARK, S.L. en una serie de diapositivas, denominadas "esquema de respuestas, excusas y objeciones", en el que se incluyen excusas u objeciones y las preguntas y afirmaciones que hay que hacer al cliente para captar su interés, además de una infografía representativa de dicho "bocata emocional" (documento nº 6 y 7 de la demanda).

7.- La propia OUTMARK, S.L. reconoce en un informe incorporado a un acta notarial de depósito (documento nº 7 de la demanda) que las objeciones se repiten, siendo siete las objeciones principales que representan más del 80% de las objeciones de todos los productos y sectores.

8.- DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. es una multinacional de consultoría de negocio, fundada en el año 1981 por profesionales provenientes del mundo comercial y de la consultoría, con oficinas propias en 7 países y presencia en más de 35 países. Imparte cursos de formación en ventas.

9.- Elisabeth , hermana del administrador único de OUTMARK, S.L., Pablo , trabajó para OUTMARK, S.L. desde el 1 de enero de 2010 hasta el 31 de mayo de 2011. Elisabeth fue contratada por DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. en fecha 1 de septiembre de 2012 a fin de prestar sus servicios como consultora y/o formadora. En el ejercicio de sus funciones Elisabeth incorporó a uno de los manuales de formación de DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. para BANKIA un esquema de tratamiento de objeciones idéntico, en cuanto a su contenido, al de los esquemas de OUTMARK, S.L., pero sin hacer referencia a dicha mercantil y sin la infografía que aparece en las fichas de OUTMARK, S.L.

10.- El 8/10/2012 OUTMARK, S.L., mediante burofax, a DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. para que retirara de sus manuales de trabajo cualquier documento que implicara la utilización de material de OUTMARK, S.L., de la base de datos de objeciones o de las respuestas a dar a las mismas.

11.- Por correo electrónico de 20/11/2012, DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. comunicó a OUTMARK, S.L. que la persona que había introducido dicho material fue Elisabeth, que dicho material había sido retirado y que se habían adoptado medidas respecto de la trabajadora. DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. despidió a Elisabeth el 4/04/2013.

12.- La llamada técnica de ventas del "bocata emocional" es una técnica de ventas de conocimiento y uso común en el sector de formación en ventas. Tiene su origen en el ámbito de la psicología y consiste, en general, en lograr el cambio de una conducta de un tercero mediante un convencimiento asertivo o emocionalmente positivo.

13.- A fecha de sentencia, éstos son una muestra de resultados de búsqueda e internet de "bocata emocional", "sándwich emocional" "técnica de ventas de sándwich emocional":

- Primer resultado de búsqueda en google con las palabras clave "bocata emocional":

<https://padresenapuros.monicamanrique.com/2011/07/26/como-decir-no-utilizando-la-tecnica-del-bocadillo/>

Hay diversas técnicas para decir NO, y una de las más eficaces, es la **Técnica del bocadillo**. Consiste en disminuir la carga negativa del NO, con la empatía y el refuerzo.

Lo **primer** que haremos, será empatizar o expresar algo positivo. (Esto, hará que se abran los canales de comunicación favoreciendo que seamos escuchados).

Después, vendrá el NO, con un pequeño argumento, sin excusas ni justificaciones.

Y para terminar, expresaremos de nuevo algo positivo o empatizaremos. (Esto mitigará la carga negativa del NO, favoreciendo que la otra persona no se sienta ofendida).

- Cuarto resultado de búsqueda en google con las palabras clave "bocata emocional":

<http://psicoalacant.blogspot.com.es/2013/01/la-tecnica-del-bocadillo.html>

- Primer resultado por imágenes en el buscador de google de "bocata emocional"

<<http://cursosnoelia.blogspot.com.es/2014/11/>>



Todo este proceso está perfectamente explicado en lo que se llama el Bocata Emocional

Dentro de las técnicas de cierre están las siguientes:

- 1.- Felicitar por su elección dando por echa la venta
- 2.- Cuenta atrás, lo que se pierde si no lo hace
- 3.-Pregunta cerrada

4.- Visualizar disfrute

5.- Es un best seller

6.- Invitar a comparar o preguntar

- Resultados de búsqueda en google de "sándwich emocional":

<https://lamenteesmaravillosa.com/la-tecnica-del-sandwich/>

<https://www.guiainfantil.com/blog/educacion/conducta/tecnica-del-sandwich-para-cambiar-la-conducta-de-los-ninos/>

- Búsqueda de ventas y sándwich emocional:

<http://ceeicastellon.emprenemjunts.es/?op=8&n=14837>

TERCERO.- Infracción de derechos de propiedad intelectual.

I.- Régimen jurídico.

En el estudio de lo que constituye objeto de la reclamación por infracción de derechos de propiedad intelectual sobre el "bocata emocional", debemos de partir de tres elementos esenciales para su resolución, cuya concurrencia simultánea es necesaria para la estimación de la acción, a saber: obra, autoría y plagio. Si falta alguno de estos elementos, la petición de condena del demandado deberá desestimarse por este motivo.

1º Obra.

a) Concepto.

Dice el artículo 10 TRLPI, de 12 de abril de 1996 que *son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:*

a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.

b) Las composiciones musicales, con o sin letra.

c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.

d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.

e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.

f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.

g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.

h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.

i) Los programas de ordenador.

b) Requisitos.

Del artículo 10 TRLPI se deduce que para que una obra sea objeto de protección se exige la concurrencia de dos requisitos: la expresión y la originalidad.

Por lo que se refiere a la *expresión*, simplemente podemos apuntar que, con la finalidad de preservar la libre circulación de ideas, los derechos de autor no protegen las ideas, sino únicamente su expresión en una creación concreta.

En cuanto a la *originalidad*, podemos decir que una obra es original si en ella se refleja la personalidad del autor, es decir, que el autor ha desempeñado un papel decisivo en la determinación de la forma de la obra.

No existen criterios precisos para evaluar la originalidad de una creación. En la práctica, hay que analizar el papel del autor en el proceso de creación: si la forma de la obra está dictada exclusivamente por factores externos (requisitos técnicos, instrucciones de un tercero...), no constituirá la expresión de la personalidad del autor y, por tanto, no será original.

Podemos considerar asentada la idea de que, además de la anterior nota, la catalogación de una obra como objeto de propiedad intelectual exige también una *cierta altura creativa*. Así lo señala claramente la sentencia



del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013 que exige originalidad y altura creativa para que una obra pueda ser protegida por la propiedad intelectual.

Respecto al margen de libertad del autor en ámbitos muy estandarizados, la sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de junio de 2.014, en relación a la originalidad en una obra arquitectónica, ha declarado que *una obra reviste el grado de singularidad susceptible de hacerla original cuando, a pesar de no apartarse esencialmente de determinada tendencia o estilo artístico, sea capaz de suscitar en el observador una impresión que difiera de la impresión que le provocan otras obras preexistentes pertenecientes al mismo estilo, sin que resulte exigible que entre ambas impresiones se interponga una distancia abismal*.

Finalmente, podemos apuntar que se ha discutido si la originalidad a la que se refiere el artículo 10.1 del TRLPI ha de ser subjetiva (haber sido creada la obra "ex novo", sin haber copiado una preexistente) u objetiva (novedad objetiva, creación novedosa, especificidad, singularidad y altura creativa). Aunque en cierta época prevaleció la concepción subjetiva, actualmente está muy superada ya que esta distinción se sostiene mejor en la teoría que en la práctica, donde ambos criterios van a menudo de la mano y predomina el criterio de que la originalidad prevista en el artículo 10.1 TRLPI es la objetiva.

2º Autor.

Según el artículo 5 LPI se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica.

Prueba o identificación del autor: al no existir en nuestra LPI ningún requisito formal para atribuir la autoría (como la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual) el artículo 6 establece una presunción *iuris tantum* de autoría de la obra: se presumirá autor, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma, o signo que lo identifique.

Las personas jurídicas podrán beneficiarse de la protección que la ley concede a los autores en los casos expresamente previstos en ella, por ejemplo, en el artículo 8 LPI, en relación a las obras colectivas o en el artículo 97.2 LPI con respecto a los programas de ordenador que sean obras colectivas.

3º Plagio.

En este punto traemos a colación la definición de plagio dada por el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 28 de enero de 1995, que considera que hay que entender por tal *en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una obra material mecanizada, y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio. Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas pero que descubren, al despojarse de los ardidés y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual. No produce confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado, o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y el conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación posterior*. Lo anterior da lugar a la doctrina jurisprudencial conforme a la que el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales, y no a las accesorias, añadidas, superpuestas, o a modificaciones no trascendentales (SSTS de 17 de octubre de 1997, 23 de marzo de 1999 y 26 de noviembre de 2003).

2.- Conclusión.

En el asunto que nos ocupa, teniendo en cuenta los hechos arriba declarados probados, podemos concluir:

1º.- Que no se determina con claridad quién considera la parte actora que es el autor de las obras objeto del proceso, a saber, la base de datos y las fichas con el "bocata emocional". Presumimos que se refiere a Pablo, sin perjuicio de que la titularidad de los presuntos derechos de autor se atribuya, de hecho por la defensa de la actora, a OUTMARK, S.L.

2º.- Que, presumiendo a los meros efectos de sentencia, que OUTMARK, S.L. sea titular de los derechos de propiedad intelectual sobre una base de datos con objeciones frecuentes realizadas por clientes en materia de ventas y comercialización de todo tipo de productos, no ha quedado probado que por parte de DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. o Elisabeth se haya utilizado tal base de datos para la elaboración de los dosieres de los formadores en los cursos de ventas ofrecidos por DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A., haya intervenido en ellos o no Elisabeth en el tiempo en el que fue empleada de dicha mercantil.



3º.- Por lo que se refiere a la diapositiva con la infografía del "bocata emocional", no podemos considerar la misma como obra protegida por derechos de propiedad intelectual. Ello es así porque carece de la originalidad precisa para ello. Efectivamente, el propio concepto "bocata emocional" se basa en teorías psicológicas de alteración del comportamiento, ampliamente conocidas y divulgadas, tanto en su pura vertiente psicológica, como en la vertiente de los cursos en formación en ventas. Así se puede comprobar en simples búsquedas en internet y por lo declarado por los testigos en el acto de la vista. Es decir, que las ideas sobre "bocata" "sándwich" o "bocadillo" emocional no han sido desarrolladas por Pablo o por terceros a instancia de OUTMARK, S.L.

Podría decirse que la diapositiva aportada a los autos por las actoras y que, al parecer, ha sido objeto de plagio por parte de las demandadas es lo que es objeto de protección como propiedad intelectual (decimos que "podría decirse" ya que no aparece claramente en la demanda que es lo que se pretende objeto de protección). Sin embargo no se dice ni justifica sobre la originalidad de la mismas, ni de su autoría concreta. El problema de la parte actora, a nuestro juicio, es que se ha quedado anclada en su escasa argumentación en un modelo subjetivista del concepto de autor (haber sido creada la obra "ex novo", sin haber copiado una preexistente) y no se ha centrado en la prueba de la autoría como concepto objetivo (novedad objetiva, creación novedosa, especificidad, singularidad y altura creativa). Efectivamente, el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de abril de 2011 dijo que *La ponderación de la suficiencia creativa dependerá de las circunstancias del caso, pues son distintos los factores y aspectos que pueden incidir, correspondiendo su valoración en principio a los Tribunales que conocen en instancia, a cuyo efecto han de tomar en cuenta la pluralidad de elementos de convicción que hayan podido proporcionarles las partes -periciales, informes de expertos, revistas especializadas, exposiciones, certámenes, premios, etc.-, además de las máximas de experiencia comunes.*

Como se puede observar, ni la infografía de la diapositiva, derivada de la propia denominación de la teoría del "sándwich o bocadillo" emocional, ni las preguntas que se comprenden en la misma, son originales; es decir, no se aprecia ni creación novedosa, ni especificidad, ni singularidad, ni altura creativa. La infografía es simple, determinada, como se ha dicho, por la propia nomenclatura de la teoría que se pretende exponer. Las preguntas, tal y como reconoce la actora son las generales que se producen en un proceso de venta, siendo las propuestas de respuestas que se enseñan a dar las previsibles, partiendo del conocimiento de las teorías psicológicas emocionales aplicadas a un proceso de venta.

Por todo lo anterior, debemos desestimar la demanda en este punto.

CUARTO.- Sustantividad propia de cada uno de los ilícitos recogidos en la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Tal y como dice la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias, entre otras, la SAP MAD secc. 28ª nº 426/16, del 16 de diciembre, *dado el cúmulo de ilícitos concurrenciales que se imputan a las demandadas resulta imprescindible recordar, siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2011 que: "Cada uno de los ilícitos concurrenciales de la Ley de Competencia Desleal tiene sustantividad propia y autonomía y da lugar a una modalidad de acción, la cual debe configurarse -identificarse e individualizarse- de forma precisa y concreta. La delimitación fáctica y jurídica de cada uno de los supuestos que permiten la incardinación de los tipos legales, general o específicos, de ilícito concurrencial corresponde a quien demanda, sin que le sea dable hacer una relación de hechos históricos, para a continuación diferir al Tribunal la selección del tipo que estima adecuado al caso (S. 22 de noviembre de 2010). Ello no forma parte de la función jurisdiccional, ni se compagina con el principio de rogación, ni en definitiva lo permite la defensa de la otra parte, la cual, ante tal remisión genérica, se vería forzada a razonar el rechazo, para el caso, de todos y cada uno de los tipos legales, incluso el de cierre recogido en el art. 5 LCD (actual, artículo 4.1). La elección de una u otra acción, o de varias acumuladas, corresponde a la parte interesada, la que tiene la carga procesal -imperativo del propio interés- de expresar con claridad, y no de forma farragosa y confusa (como se le imputa en el supuesto de autos) la concurrencia de los requisitos del ilícito correspondiente. No es asumible la opinión, porque obviamente no lo permiten el art. 218 LEC, ni el principio "iura novit curia", de que el Tribunal pueda aplicar un tipo diferente del indicado por la parte cuando la indicación es equivocada, ni que pueda suplir la falta de mención del precepto, salvo que en este caso fluya de manera natural e inequívoca de la descripción efectuada por el interesado. La facultad concedida al Tribunal de corregir el desacierto de la parte en la cita o alegación de la norma ex art. 218.1 LEC, no autoriza a cambiar o corregir los planteamientos de las partes, ni a suplir en tal aspecto su incuria o desconocimiento jurídico, y menos todavía cuando se afecta a las pretensiones ejercitadas, en cuya selección y delimitación deben esmerarse los interesados, y por eso se exige la dirección procesal de Letrado" (énfasis añadido).*

En consecuencia, no resulta admisible la mera cita de un ilícito concurrencial sin precisar cuáles de los hechos narrados en la demanda integran el tipo y menos cuando lo que se alega es una pluralidad de actos de competencia desleal. Corresponde a la parte actora y no a las demandadas o al órgano judicial incardinar los hechos en los distintos ilícitos para permitir, primero, la adecuada defensa de los demandados y, en segundo lugar, la congruente resolución del litigio por el tribunal.



QUINTO.- Actos de imitación.

I.- Régimen jurídico.

Dice el artículo 11 LCD que 1. *La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley.*

2. *No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.*

La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

3. *Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado.*

Pues bien, *la finalidad del precepto es reprimir imitaciones de prestaciones no amparadas por un derecho de exclusiva.* Si existiese un derecho de exclusiva (una patente, marca o modelo industrial), se aplicaría a título principal la ley específica de cada modalidad, constituyendo las normas de competencia desleal un cauce complementario, pero nunca sustitutivo.

Debemos partir en el estudio del tipo en cuestión del principio general en materia de imitación, que no es otra que la libre imitabilidad. Así, como ya se ha dicho, el principio básico que consagra el art. 11 LCD es la *libre imitación de las prestaciones e iniciativas empresariales ajenas*, porque la imitación es un factor que dinamiza el mercado. Por prestaciones o iniciativas empresariales se debe entender según FERNANDEZ NOVOA «creaciones empresariales» en sentido amplio. Según la STS 483/2009, de 7/7 se comprenden *las prestaciones, características propias de los productos, a las creaciones materiales (...) tanto los productos como las formas tridimensionales y se extiende la protección a las creaciones técnicas, artísticas, estéticas y ornamentales.*

Ahora bien, este principio cede, en primer lugar, en el caso de que las creaciones empresariales están amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley o, en segundo término, si se trata de uno de los supuestos de imitación desleal previstos en el art. 11 apartados 2 y 3 en atención al interés de los empresarios, de los consumidores y, en última instancia, al interés general.

Entiende la STS 254/17, de 26/04 que *la deslealtad no viene determinada por el hecho de que se hayan imitado las creaciones materiales de un competidor, sino por las circunstancias en las que se realizado la imitación.*

Tipificación legal.

Los supuestos de imitación desleal son cuatro, a saber:

1.-Imitación desleal por confusión , que requiere la concurrencia de los siguientes requisitos (:

a) *La imitación de una prestación esencial* (que, como hemos dicho, ha de ser una creación material; se entiende por imitación *la copia de un elemento o aspecto esencial, no accidental o accesorio* - STS 1167/2008, de 15/12) con *singularidad competitiva* , es decir, con rasgos diferenciales que la distingan suficientemente de otras prestaciones de igual naturaleza a los ojos del consumidor y con implantación en el mercado; es decir, conocida en el mercado y precisamente por los elementos imitados.

b) *Imitación idónea para generar asociación por parte de los consumidores* , entendido en sentido amplio comprensivo de:

* Riesgo de confusión directo: atribución de idéntico origen empresarial.

* Riesgo de confusión indirecto: existencia de alguna relación, económica o jurídica, entre los empresarios.

* Riesgo de confusión inmediato: confusión de productos los cuales no se identifican como distintos.

Para apreciar el riesgo, se habrá de tener en cuenta, en el aspecto subjetivo, el tipo de consumidor medio, es decir, el que normalmente no se detiene en una minuciosa comparación o comprobación o no se para en los pequeños detalles. En el aspecto objetivo, la impresión visual del conjunto que revele la identidad o semejanza (así, la STS 654/2007, de 12/06). En todo caso se ha de tener en cuenta que la distinta denominación no excluye la imitación (en este sentido, la STS 7/7/09).

c) Que el *riesgo de confusión no sea inevitable* , porque según el apartado 2 *in fine* la inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación excluye la deslealtad de la práctica . En este sentido se deben tener en cuenta



dos factores, como son la conducta del imitador y su diligencia a fin de evitar provocar la confusión o el aprovechamiento de la reputación ajena y, en segundo lugar, el margen de variabilidad en la forma que puede tener el imitador en relación con la prestación concreta. Este margen es más reducido en el caso de las creaciones técnicas que en el supuesto de las creaciones de forma, siendo mayor el margen de variación en el supuesto de imitación de signos distintivos.

2.- Imitación desleal por aprovechamiento de la reputación ajena

Además de los requisitos positivos y negativos mencionados, se exige que la prestación imitada tenga un elevado *goodwill* o fama o reputación profesional. La jurisprudencia ha sido muy restrictiva a la hora de apreciar este supuesto porque de lo contrario la mayoría de las imitaciones acabarían siendo consideradas ilícitas. Este supuesto se utiliza para reforzar la protección de ciertas configuraciones estéticas con imagen de calidad y buen nombre (como las configuraciones muy reputadas o de lujo). Así, la doctrina (Massaguer) señala que el 11.2 se aplicará en imitaciones sin riesgo de confusión, como en la imitación de relojes, bolsos u otros productos de marca que por el canal de distribución o reducido precio de venta claramente son comprados por los consumidores a sabiendas de que no se trata del producto original.

3.- Imitación desleal por aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

Dice la STS 254/17, de 26/04 que *la nota genérica de «aprovechamiento de lo ajeno» explica que en la doctrina y en la práctica se haga hincapié en que el tipo legal sanciona la conducta parasitaria del esfuerzo material y económico de un tercero.*

Pero la deslealtad de la imitación no se basa en el mero aprovechamiento del esfuerzo ajeno, pues de otro modo estaríamos reconociendo un derecho de exclusiva no previsto por el ordenamiento jurídico. Toda imitación supone un cierto aprovechamiento del esfuerzo ajeno, y el principio de libre imitabilidad excluye que la imitación de la creación material ajena sea, per se, desleal. La deslealtad se justifica por el modo y la forma en que se llega a estar en condiciones de aprovechar esa prestación ajena objeto de imitación.

2.- *En la sentencia 675/2014, de 3 de diciembre, afirmamos que, dado que toda imitación implica beneficiarse del esfuerzo del imitado, se ha impuesto una interpretación de la norma del art. 11.2 LCD que no deje sin contenido efectivo la regla de libre imitación de las prestaciones ajenas no amparadas por un derecho de exclusiva que se contiene en el art. 11.1 LCD y que, además, respete la función de la Ley de Competencia Desleal como instrumento de protección del mercado y de quienes en él concurren.*

En este caso, se produce una matización del principio de la competencia por los propios méritos y prestaciones que inspira la normativa de la competencia desleal. Ese principio ha de compatibilizarse con el principio de libertad de imitación del art. 11.1 LCD.

También afirmamos en esa sentencia que el art. 11.2 LCD, al considerar desleal la imitación de prestaciones con aprovechamiento de esfuerzo ajeno, trata de dar protección indirecta al competidor que con su esfuerzo se ha afirmado en el mercado o pretende afirmarse en él. Se protege a quien ha invertido tiempo y dinero en una creación, material o intelectual, frente a quien se apodera de su esencia sin tales costes.

Pues bien, aunque la doctrina (PORTELLANO, MASSAGUER) restringe este supuesto a los supuestos de imitación por reproducción por medios foto mecánicos (fotocopias, escáner) y vaciados y volcados informáticos, porque con el empleo de tales medios se consigue la apropiación inmediata de la prestación ajena sin el esfuerzo que ha supuesto para el empresario imitado, al que además se impide la amortización de los costes de producción, el TS en la referida sentencia dice que **aunque el precepto legal no contiene referencia a los medios o instrumentos de la imitación, las sentencias 888/2010, de 30 de diciembre, 792/2011, de 16 de noviembre, y la citada 675/2014, de 3 de diciembre, rechazaron que la comisión del acto desleal debiera necesariamente producirse mediante una reproducción mecánica, como un sector de la doctrina defendía. En la primera de esas sentencias, afirmamos: «Aun cuando es cierto que el supuesto de reproducción mecánica será el más general o normal de los constitutivos de la conducta ilícita de imitación con aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, no resulta razonable limitar al mismo el ámbito del precepto hasta el punto de excluir imitaciones "sin reproducción mecánica" en las que hay un alto grado de semejanza, de práctica identidad, aunque concurren variaciones inapreciables o que se refieran a elementos accidentales o accesorios, o diferencias de muy escasa trascendencia, siempre que se den los elementos básicos de ahorro o reducción significativa de costes de producción o comercialización más allá de lo que se considera admisible para el correcto funcionamiento del mercado y falta de justificación, pues el aprovechamiento ha de ser "indebido", como exige el precepto legal».**

4.- *Como resulta de lo que acaba de exponerse, la jurisprudencia de esta sala ha exigido, para que se produzca el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno por la imitación de sus prestaciones, que concurra un ahorro o reducción significativa de costes de producción o comercialización más allá de lo que se considera admisible para el correcto funcionamiento del mercado, y que no resulte justificada.*



4.- Imitación sistemática obstaculizadora e imitación predatoria.

A través de esta conducta el imitador pretende impedir la afirmación de un competidor en el mercado. Ello requiere:

- Imitación sistemática.
- Una estrategia directamente encaminada a impedir u obstaculizar la presencia del competidor.
- Que exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado.

II.- Hechos imputados y conclusión.

Por parte de OUTMARK, S.L. y Pablo se imputa a DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. un acto de imitación que comporta un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno por la utilización de una diapositiva del llamado "bocata emocional" de los actores.

Como se ha declarado probado, por parte de DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A., a instancia de Elisabeth, fue introducida en uno de sus manuales de formadores de un curso de venta una diapositiva basada en la teoría del "sándwich emocional", de la cual ya se ha dicho que ni la infografía de la diapositiva, ni las preguntas que se comprenden en la misma, son originales, ni derivan de una actividad o teoría desarrollada exclusivamente por la parte actora, ya que la infografía es simple, determinada por la propia nomenclatura de la teoría que se pretende exponer. Hemos concluido que las preguntas, tal y como reconoce la actora, son las generales que se producen en un proceso de venta, siendo las propuestas de respuestas que se enseñan a dar las previsibles, partiendo del conocimiento de las teorías psicológicas emocionales aplicadas a un proceso de venta. A ello se ha de añadir que no se ha probado por parte de OUTMARK, S.L. que la misma tenga una reputación reconocida en el sector, y más por las técnicas de vena que dan, que son las generales en ese tipo de cursos. A ello hay que añadir, como elemento a valorar, que se ha declarado probado que por parte de DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A., una vez tuvo conocimiento por parte de OUTMARK, S.L. que se había podido incluir una diapositiva procedente de un manual de OUTMARK, S.L., fue retirada inmediatamente la misma, por lo que no se aprecia, en ningún caso, una voluntad de la mercantil demandada, de aprovecharse, en su caso, de un trabajo, esfuerzo o reputación de OUTMARK, S.L.

Por todo lo anterior, se debe desestimar la pretensión.

SEXTO.- Actos de explotación de la reputación ajena del artículo 12 LCD .

I.- Régimen jurídico.

Dice el artículo 12 LCD que se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelos», «sistema», «tipo», «clase» y similares.

Pues bien, La finalidad de esta norma es proteger los intereses de los competidores que han incurrido en costes de publicidad y marketing para adquirir un prestigio industrial, empresarial o profesional frente a conductas de terceros dirigidas a aprovecharse indebidamente del mismo.

Los intereses de los particulares también se ven tutelados de forma indirecta, porque estas conductas también transmiten información falsa al consumidor que erróneamente equipara la reputación del infractor con la de un tercero.

Así las cosas, deben considerarse como *presupuestos del aprovechamiento indebido de la reputación ajena* :

El prestigio o la reputación de un tercero.

Requisito que no cumplen todas las empresas que operan en el mercado. La jurisprudencia y la doctrina (Massaguer) exigen que se haya conseguido una cierta implantación en el mercado que debe ser probada por el demandante, si bien en algunos supuestos, los tribunales han facilitado su prueba e incluso han afirmado dicho prestigio por el mero hecho de que el infractor pretenda equipararse al perjudicado.

El prestigio usualmente se reconoce a través de los signos distintivos y las Denominaciones de Origen (DO), aunque se puede manifestar a través de distintos elementos empresariales, como el propio producto, el envase, el currículum, etc. En este sentido, la STS 1/12/10, que tenía por objeto unos puros dominicanos comercializados con la indicación "con el sabor del puro habano", aprovechamiento del prestigio de los puros habanos, sin que sea necesaria la existencia de un derecho de exclusiva.



Aprovechamiento de esa reputación ajena, en beneficio de quien no hace un esfuerzo por desarrollar la reputación de sus propios elementos empresariales.

La STS 1/12/10 entiende que dicho beneficio puede consistir en una ganancia cualquiera, una utilidad, cualquier beneficio directo o indirecto.

Carácter indebido del aprovechamiento, puesto que no todo aprovechamiento de la reputación ajena ha de considerarse indebido.

Así por ejemplo la SAP BCN secc. 15ª de 30 diciembre 2000 consideró justificada, por realizarse de conformidad con la normativa marcaria, la inclusión por el fabricante, en un folleto publicitario, de un envase con la marca de la demandante en la tapadera.

La relación entre los tipos recogidos en el artículo 12 LCD y el artículo 6 LCD viene expuesta, entre otras, en la SAP MAD secc. 28ª nº 426/16, del 16 de diciembre cuando dice, referenciando otras sentencias del Tribunal Supremo, que *las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2.010 y 11 de febrero de 2011, precisan que el artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal "protege el correcto funcionamiento del mercado concediendo amparo al competidor cuyo esfuerzo dio lugar a la adquisición de reputación por sus creaciones formales, ante el intento de otro de aprovecharse indebidamente de tal prestigio o buena fama. La conducta mediante la cual se genera el aprovechamiento puede tener cualquier contenido, de modo que basta con que produzca el efecto referido"*.

Lo que caracteriza a los ilícitos de los artículos 6 y 12 de la Ley de Competencia Desleal es que el objeto sobre el que recae la conducta son las creaciones formales, esto es, los signos distintivos y las formas de presentación de los productos o servicios.

Por otro lado, los actos de confusión (artículo 6) se diferencian de los actos de explotación de la reputación ajena (artículo 12), en que en los primeros la distorsión generada por el uso de signos distintivos afecta al origen empresarial y en los segundos el empleo de tales signos o creaciones formales lo que permite al ilícito competidor es aprovecharse de las ventajas de la reputación asociada por el consumidor a esos signos ajenos incluso cuando el infractor emplee también sus propios signos de modo que revele el verdadero origen empresarial.

II.- Hechos imputados y conclusión.

Debemos concluir lo mismo que en el supuesto anterior: de la actuación de DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. no puede deducirse una voluntad de aprovecharse de la reputación comercial de OUTMARK, S.L., la cual tampoco ha sido probada.

SÉPTIMO.- Violación de secretos.

I.- Régimen jurídico.

Dice el artículo 13 LCD que 1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14.

2. Tendrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.

3. La persecución de las violaciones de secretos contempladas en los apartados anteriores no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto.

El precepto tutela los secretos empresariales, auténticos bienes inmateriales que recaen sobre una información o conocimiento, por su valor como arma competitiva de primer orden con la finalidad de fomentar la innovación, obligando a los competidores que deseen poseer y utilizar los mismos conocimientos, a realizar su propia inversión.

Podemos definir el secreto empresarial como aquella información, de carácter reservado u oculto, de la que no pueden disponer los terceros interesados en ella y cuya conservación reservada otorga una ventaja competitiva respecto de otras empresas que carecen de ella.

El precepto exige la concurrencia de los siguientes requisitos:



- *Información secreta*, reservada u oculta, de la que no pueden disponer los terceros interesados en ella. No es necesario que la información sea totalmente secreta o desconocida para terceros interesados: el carácter oculto no desaparece porque alguno de los elementos que la integran sea conocido aislada o individualmente.

Es por ello que se debe apreciar un desconocimiento general de la misma, bien de la totalidad de la información, bien de una parte esencial de la misma o bien del resultado de la interacción de sus partes.

Tampoco es necesario que sea absolutamente desconocida para terceros interesados, según el artículo 39.2 a) LCD, ya que basta con que la desconozcan la mayoría de los interesados o que no se trate de una información notoria. Es necesario que la información no sea fácilmente accesible, es decir, que su conocimiento exija una inversión de tiempo y esfuerzo, por lo que no pueden ser consideradas secreta si puede ser conocida por los terceros en poco tiempo con escaso coste.

- *Valor comercial*, es decir, que la conservación de la información en secreto otorga a la empresa una ventaja competitiva frente a otras empresas que carecen de ella.

- *Voluntad de mantener el secreto*, para lo que habrá que analizar si el titular ha adoptado medidas apropiadas y razonables para evitar la divulgación de la información, tanto hacia el exterior, impidiendo que los terceros la conozcan, como hacia el interior, disponiendo que sólo puedan acceder a la misma los empleados que la necesiten por sus funciones en la empresa.

El precepto considera desleales las siguientes conductas:

La adquisición de los secretos mediante espionaje o procedimiento análogo o la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos

La divulgación o explotación de los secretos sin autorización de su titular, siempre que se haya tenido conocimiento de la misma de forma legítima, es decir, en el marco de una actividad laboral, pero con deber de reserva legal o contractual; o ilegítimamente, mediante el espionaje, procedimiento análogo, o inducción a la infracción contractual. Hemos de señalar que, a diferencia de lo que ocurre en materia de propiedad intelectual, la divulgación no exige que se haya hecho accesible al público, bastando con que se haya comunicado el secreto a una sola persona.

El precepto exige que dichas conductas se hayan realizado con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto. Sin embargo, no es necesario que dichas conductas se realicen en el mercado y con fines concurrenciales, con lo que se amplía el ámbito de aplicación de la ley a supuestos en los que la finalidad última no es concurrencial sino de otra índole, como científica o militar.

II.- Hechos imputados y conclusión.

En el presente caso, resulta evidente de los hechos probados, que el contenido de la diapositiva introducida por Elisabeth en el manual de formadores de un curso de ventas de DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. no supone violación de secreto alguno, ya que la misma carece, *per se*, de un contenido que pueda calificarse como secreto empresarial a los efectos del artículo 13 LCD: el contenido de la misma no es reservado ni oculto; puede accederse fácilmente con una simple búsqueda de internet, dado que es de conocimiento general, no sólo en psicología, sino en las propias técnicas de venta. Nuevamente hemos de resaltar que, la propia actora, califica las preguntas contenidas en la misma, como las generales que se repiten en los procesos de venta en cualquier sector, sin perjuicio de que las mismas hayan sido conocidas por la actora en su actividad de formación en ventas. Es por ello que dicha información no aporta ninguna ventaja competitiva a OUTMARK, S.L., más allá de los propios conocimientos generales en materia de formación en ventas.

OCTAVO.- Inducción a la infracción contractual.

I.- Régimen jurídico.

Dice el artículo 14 LCD que 1. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

2. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

El presupuesto común a todos los supuestos es la existencia de una relación jurídica eficaz derivada de un contrato en vigor o de uno ya extinguido que establezca relaciones post-término válidas, como puede ser un pacto de no competencia tras extinción de contrato de trabajo.



El sujeto agente, que es solo el inductor y no el inducido (sin perjuicio de que éste pueda cometer otro acto de competencia desleal como la **violación de secretos**) sólo se le exige que participe en el mercado (artículo 3.1 LCD) y que la inducción se enmarque dentro de la conducta que le es propia como oferente o demandante de productos o servicios en el mercado.

En la Ley se regulan los siguientes supuestos:

a.- Inducción a la infracción de los deberes contractuales básicos.

En este supuesto han de concurrir:

i.- Una inducción o ejercicio de influencia sobre un trabajador, proveedor, cliente o cualquier otro obligado, basta con la mera inducción. Es irrelevante el propósito que persiga el inductor, que la inducción tenga éxito y que se ocasione o no un perjuicio efectivo a un tercero.

ii.- Que la influencia sea apta para que ese obligado adopte la decisión de infringir deberes contractuales, ya sean básicos, es decir, importantes en el funcionamiento de la relación contractual; o contraídos con los competidores, es decir, que entre el inductor y el perjudicado por la infracción debe existir una relación de competencia.

Como ejemplos de inducción a la infracción de este tipo de deberes básicos, podemos señalar, sin ánimo exhaustivo:

- La captación de clientela induciendo al cliente a incumplir el contrato, o cuando la oferta sea tan atractiva, que es más conveniente el incumplimiento del contrato que su terminación regular.
- La inducción al pluriempleo ilícito, por existir un pacto de dedicación plena, de no concurrencia o suponer una infracción de un deber de diligencia impuesto legalmente.
- El soborno de empleados.

b.- Inducción a la terminación regular de un contrato.

En el mismo, ha de concurrir una *inducción* o ejercicio de influencia sobre una persona y que la *influencia sea apta* para que esa persona decida terminar regularmente una relación contractual de la que es parte.

Por *terminación regular* no debe entenderse terminación conforme a Derecho, ya que sólo comprende la extinción del contrato por voluntad de una de las partes por denuncia o desistimiento unilateral. Por el contrario, no incluye la resolución del contrato por incumplimiento o en casos de fuerza mayor.

Dicha inducción o influencia, siendo conocida, debe tener por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o debe ir acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

Como ejemplos de supuestos de inducción a la terminación contractual, podemos señalar los siguientes:

- Inducción a la terminación contractual a colaboradores de un competidor-empleados, agentes, suministradores, licenciatarios o administradores sociales- para violar sus secretos empresariales.
- La captación de trabajadores esenciales para el perjudicado por el acto de competencia desleal, si bien, para que se reputa desleal, ha de ser sistemática y trascendente, además de carente de justificación concurrencial, bien porque haya otros trabajadores libres en el mercado con la misma cualificación o realmente no los necesite.
- Captación de clientela, por confusión, engaño o cualquier otra conducta desleal, pues ésta, por sí, no es desleal.

c.- Aprovechamiento de la infracción contractual ajena.

En dicha conducta ha de concurrir:

i.- Una infracción contractual decidida sin la intervención del sujeto agente, y por tanto no inducida.

ii.- Un conocimiento y posterior aprovechamiento de esa infracción contractual no inducida, siempre que tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

Ejemplo de este aprovechamiento es la llamada "venta gris" o venta paralela de productos originales comercializados a través de redes de distribución selectiva o de franquicia: es decir, la comercialización de productos por un tercero que carece de las condiciones requeridas para integrarse en la red. Sin perjuicio de que las ventas grises pueden ser combatidas por otras normas del ordenamiento jurídico (como el derecho de



marcas o el derecho de defensa de la competencia), si la desviación de los productos originales hacia canales de distribución grises deriva de una inducción a la infracción contractual quedará incluida en el artículo 14.1 LCD, ya que es un deber contractual básico el respeto de los criterios de selección en estos contratos. Si, por el contrario, la salida de los productos de la red de distribución oficial y su entrada en el mercado gris es consecuencia de un incumplimiento no inducido, quedará subsumida en el artículo 14.2, al suponer un aprovechamiento de la infracción contractual ajena siempre que se reúnan los requisitos o circunstancias de precepto.

II.- Hechos imputados y conclusión.

No se ha probado que por parte de DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. haya habido inducción alguna a Elisabeth para infringir algún tipo de deber básico u obligación contractual ajena. Es más, es que la demanda de OUTMARK, S.L. y Pablo nada concreta respecto de la conducta que se pretende desleal por este precepto, más allá de afirmaciones genéricas repetidas en todos los supuestos. De los hechos declarados probados, se hace evidente que por el tiempo transcurrido desde del despido de por OUTMARK, S.L., hasta su incorporación a DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. no resulta inducción a la infracción de un presunto pacto de no concurrencia. De la actuación de DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A., con la retirada de la diapositiva, nada se infiere de una voluntad dirigida a dicha inducción. Debemos, pues, desestimar dicha pretensión.

NOVENO.- Cláusula general del artículo 4 LCD .

I.- Régimen jurídico.

Dice el artículo 4 LCD que 1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- a) La selección de una oferta u oferente.*
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.*
- c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.*
- d) La conservación del bien o servicio.*
- e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.*

Igualmente, a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.

Dicho precepto ha sido analizado en numerosas ocasiones, entre otras, por la STS 64/17, de 2/02, cuando dice que *la sala ha tenido muchas ocasiones de pronunciarse sobre la interpretación de este precepto. Sin perjuicio de la aplicación al caso concreto, la doctrina general en que se condensa la interpretación jurisprudencial se encuentra, entre otras, en la sentencia 395/2013, de 19 de junio:*

«Este precepto "no formula un principio general objeto de desarrollo y concreción en los artículos siguientes de la misma Ley" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre y 19/2011, de 11 de febrero), sino que "tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre , 311/2007, de 23 de marzo y 1032/2007, de 8 de octubre). Consiguientemente, "esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre y 48/2012, de 21 de febrero). Pero sin que ello pueda "servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta -la del art. 5 LCD, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación



de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedir las" Sentencias 635/2009, de 8 de octubre y 720/2010, de 22 de noviembre).

»La deslealtad de la conducta tipificada en este art. 5 LCD es un ilícito objetivo, en la medida en que la deslealtad no se funda en la concurrencia del dolo o la culpa del autor, ni en la finalidad perseguida, sino que ha de configurarse en torno a parámetros objetivos. Y, al mismo tiempo, no deja de ser un ilícito de riesgo o de peligro, porque no se hace depender de concretos efectos ocasionados por la conducta enjuiciada, sino sólo de su compatibilidad con las exigencias del modelo o estándar aplicable.

»En cualquier caso, como pone de relieve la doctrina, esta cláusula general de represión de la competencia desleal ha de ser objeto de una interpretación y aplicación funcional. Esto es, después de identificar la conducta objeto de enjuiciamiento, debemos valorar su compatibilidad con el modelo de competencia económica tutelado por la Ley, que es un modelo de competencia basado en el "mérito" o "bondad" (precio, calidad, servicio al cliente...) de las propias prestaciones, entendiendo por tales no sólo los productos o servicios ofertados, sino también la publicidad y el marketing empleados para convencer a los clientes de la bondad de la oferta.

»Esta actividad, de apreciación de las circunstancias que permiten estimar la contravención de las exigencias de la buena fe, es eminentemente valorativa y prudencial, pues no puede perderse de vista el carácter represor de la normativa sobre competencia desleal, por lo que tiene de limitada de la actividad económica desarrollada en el mercado».

En este sentido, la SAP MAD 28ª, 225/17, de 5/05 ha dicho que en definitiva, nos encontramos ante un conjunto de comportamientos por parte de los demandados que entrañan el aprovechamiento por otro del esfuerzo previamente desplegado por un competidor, la obstaculización al desempeño de la actividad de éste y el expolio del fruto empresarial que naturalmente debería haberle correspondido al mismo. Lo cual implica la comisión de ilícitos concurrenciales susceptibles de ser incardinados en la cláusula general (artículo 4.1 de la Ley 3/1991 de competencia desleal -LCD-, en su redacción reformada por la Ley 29/2009) que permite reprimir conductas que resultan desleales, por contrarias al modelo o estándar de buena fe, el cual resulta exigible con carácter general en el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 CC) y específicamente en los actos realizados en el mercado con fines de concurrencia. Estamos ante actuaciones injustificadas en el decurso de lo que debería ser el normal desenvolvimiento de una actividad empresarial que son aptas para interferir en el juego de la libre competencia, que ha de regirse por el criterio del mérito según principios de eficiencia, sin que puedan admitirse conductas que por medios ilícitos traten de enturbiar esa regla.

La cláusula general de prohibición de la competencia desleal se configura como un ilícito genérico (cierre del sistema), a fin de que la buena fe objetiva, exigible con carácter general en el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 CC), lo sea también en los actos realizados en el mercado con fines de concurrencia. Como señala la sentencia de la Sala 1ª del TS de 1 de junio de 2010 se trata de "una norma en sentido técnico, es decir, completa, (S. 23 de marzo de 2.007), con autonomía o sustantividad propia (SS. 24 de noviembre de 2.006 y 23 de marzo de 2.007), que si bien no complementa el tipo de otros ilícitos, sí sirve para completar el sistema de ordenación y control de las conductas en el mercado, del que es un instrumento la LCD 3/1991 (SS. 19 de mayo de 2.008 y 10 de febrero de 2.009). Según la doctrina de esta Sala, la buena fe en sentido objetivo se traduce en una exigencia ética significada por los valores de la honradez, la lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y el atenerse a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena (S. 23 de marzo de 2.007 que cita SS. 16 de junio de 2.000 y 19 de abril de 2.002). (...) se infringe cuando se contravienen los usos y costumbres admitidos como correctos por todos los participantes en el mercado, pues la buena fe, legalmente contemplada, no es sino la confianza o justa expectativa que, en relación con la conducta ajena, tiene quien concurre en el mismo, determinada por lo que es usual en el tráfico jurídico (S. 16 de junio de 2.009)". Constituye un tipo autónomo que permite reprimir conductas que resultan desleales, por contrarias al modelo o estándar de buena fe, y que, en un contexto tan dinámico como es el mercado, no hubiesen podido ser previstas por el legislador en los restantes tipos que contempla la Ley sobre Competencia Desleal (sentencia de la Sala 1ª del TS de 23 de julio de 2010).

Al amparo del referido precepto legal se hace posible considerar ilícitas, por la contravención del principio objetivo de buena fe, determinadas conductas que, tales como las que hemos imputado a los demandados, entrañan bien un expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno o bien una obstaculización a la posición concurrencial de un tercero, así como aquellas actuaciones que tiendan a frustrar la libre formación de preferencias y la adopción de decisiones en el mercado, de modo que atenten contra el principio de eficiencia empresarial y contra el criterio de que la obtención de éxito debe responder al mérito que revistan las propias prestaciones.

Las conductas a las que se refiere la meritada sentencia, a efectos ilustrativos, son las siguientes: La primera de ellas es el haber estado atendiendo a diversos clientes desde la sede de la empresa demandante y utilizando



los medios de ésta, pero que no formaban parte de la clientela de CÍRCULO DE SERVICIOS SL. Se trata de un comportamiento claramente desleal, pues los demandados, Sres. Isidoro , Javier y Justiniano no deberían haber utilizado su jornada laboral, que le era retribuida por CÍRCULO DE SERVICIOS SL (o de la entidad vinculada a ella), ni los medios materiales de ésta (informática, etc.), para la atención de clientes que luego no pagaban a la sociedad demandante. Se trata de una deslealtad concurrencial, pues implica la utilización de la capacidad y los medios humanos y materiales de la empresa para fomentar una actividad concurrencial de tercero. No consideramos admisible la explicación brindada por los demandados, que han aducido que era la propia demandante la que auspiciaba esta conducta. Ninguna prueba ha avalado tal planteamiento y la carga probatoria incumbía, a ese respecto, a la parte demandada (artículo 217.3 de la LEC) que es la que ha aducido tal hecho obstativo. A la actora le bastaba con demostrar que esa atención a clientes ajenos a ella se había estado produciendo, en tanto que era a los demandados a los que correspondía acreditar que su comportamiento no respondía a una iniciativa propia ni egoísta, lo que hubiera estado a su alcance vía, por ejemplo, prueba testifical. No podemos sino reconocer la anormalidad que entraña el que se presten servicios con los medios de una empresa, sin que ésta tenga oportunidad de resarcirse de ello de algún modo. Los demandados no pueden justificar su conducta aduciendo que no les vinculaba ningún compromiso de exclusividad para con la demandante en la prestación de sus servicios, pues no es eso lo relevante, ya que la apreciación de la deslealtad no radica en que pudieran tener una actividad paralela, sino en que la desarrollaran desde la sede de la demandante y valiéndose de los recursos de ésta. Por otro lado, el hecho constatado de que con la marcha de los demandados ese grupo de clientes siguió a los mismos (como se confirmó merced a la información remitida por la TGSS), pone de manifiesto un claro indicio de que quienes les atendían antes eran los propios demandados y que lo hacían por su cuenta a costa de los recursos de la entidad demandante CÍRCULO DE SERVICIOS SL (puesto que lo hacían desde la sede de ésta y con sus medios informáticos).

La segunda de las conductas censurables fue el borrado masivo del contenido de los ordenadores y también de algunos archivos del servidor central que los demandados estuvieron utilizando mientras prestaban servicios para la demandante CÍRCULO DE SERVICIOS SL. La eliminación de tal contenido se efectuó por los demandados justo antes de abandonar esta empresa y de iniciar una actividad concurrente con ella. Con esa conducta, aparte de dificultar a la contraparte la obtención de pruebas, lo que consiguieron fue obstaculizar la posibilidad de que CÍRCULO DE SERVICIOS SL pudiera retomar la actividad que los mismos estaban desarrollando justo antes de dejar su trabajo en ella. Es importante tener en cuenta que el mes de junio es un período de importante actividad para una gestoría (sobre todo desde el punto de vista fiscal, pues vencen, por ejemplo, los plazos para la presentación de declaraciones de IRPF, etc) por lo que entorpecer la labor en curso interfería de modo relevante en la actividad de la demandante. No debe olvidarse que, por ejemplo, el testigo D. Obdulio pudo constatar, al acudir a la sede de CÍRCULO DE SERVICIOS SL tras la salida de los demandados, que la situación allí creada era anormal, por lo que consideró que era mejor acudir a los servicios de la competencia (que, precisamente, fueron los de los demandados). Esta conducta obstativa, en el contexto de la simultánea puesta en marcha de una nueva empresa a la que estaban vinculados los demandados (EUROCONCULTING MADRID SL), resulta sumamente reveladora de que el propósito fue obstaculizar al que iba a quedar en la situación de competidor en la prestación de la misma clase de servicios.

La tercera de las conductas ilícitas es el desplazamiento, en un muy breve lapso temporal, de más del 50 % de que quienes venían siendo los clientes de CÍRCULO DE SERVICIOS SL a favor de EUROCONCULTING MADRID SL. Así ha sido demostrado a través de las peritaciones que hemos reseñado en el fundamento jurídico primero. Este tribunal no es proclive a un entendimiento patrimonial de la clientela. Ésta no pertenece a ningún empresario, sino que forma parte de un mercado al que se le ofrecen productos y servicios y aquella toma o rechaza según sus preferencias. No es desleal, por lo tanto, pretender arrebatar la clientela a un competidor, pues el ataque a la posición adquirida en el mercado por otro será lícito en la medida en que ello lo justifique la mayor eficiencia del competidor. Ahora bien, sí habrá ilícito concurrencial cuando el desplazamiento de clientela sea el fruto de la mera habilidad de un competidor para interferir por medios desleales en la actividad de otro.

Pues bien, resulta absolutamente contrario a la lógica del mercado, e incluso al sentido común, que una empresa de nueva creación pueda conseguir en un mes que se desplace a su favor más del 50% de la clientela de una empresa competidora, cuando no se ha demostrado que ello se haya conseguido por medios lícitos (campañas de publicidad o esfuerzos extraordinarios de implantación, todo ello anudado al despliegue del sacrificio inversor que ello debería conllevar). En unas circunstancias como las que son objeto de este litigio, un desplazamiento clientelar de tal calibre y tan raudo, sin que se haya exteriorizado el despliegue de un especial esfuerzo al respecto, sólo puede responder, aunque haya que establecerlo desde el punto de vista probatorio merced a un mecanismo presuntivo (aplicando el principio de normalidad en la producción de los hechos, de modo que pueda deducirse otro hecho directamente enlazado por las reglas de la razón con el que ha servido de punto de partida - artículo 386 de la LEC), al empleo de maniobras ilícitas, contrarias a la buena fe. Porque de otro modo, una consecuencia de ese tipo sólo debería haber sido posible como fruto de la excelencia en el desempeño de sus servicios,



algo que EUROCONCULTING MADRID SL ni tan siquiera habría tenido tiempo de demostrar en tan corto lapso temporal. Es cierto que los demandados sí tenían experiencia en el sector y que era bien considerados por los clientes, pero en su condición de vinculados a CÍRCULO DE SERVICIOS SL, que era como los trataban. Ni la sociedad EUROCONCULTING MADRID SL, ni tampoco ellos mismos, han ofrecido una explicación satisfactoria a tan meteórica derivación de clientela, a costa de los intereses de la parte actora. La confianza personal que algunos clientes pudieran tener en personas concretas de la gestoría demandante (que es a lo que se refieren las testificales recabadas a instancia de los demandados) podía haber justificado un progresivo desplazamiento de clientes de una a otra entidad, pero difícilmente podía hacerlo con un movimiento tan inmediato y de tanta entidad. Sólo la existencia de contactos previos por parte de los demandados con esos clientes (tal como expuso en su testimonio el testigo D. Segismundo) y sus maniobras mientras todavía trabajaban para CÍRCULO DE SERVICIOS SL (borrado informático, retirada subrepticia de documentación de la sede de ésta en horario no laboral, etc) pueden ofrecer una explicación razonable a la producción de tal fenómeno. Así lo entendió también la Sala 1ª del TS, en su sentencia de fecha sentencia de la Sala 1ª del TS de 8 de octubre de 2007 , en un caso análogo al que aquí nos ocupa; en ella se señala que " en pocos días después del cese como empleados de la empresa actora, los demandados consiguieron captar a 86 clientes de los 220 que tenía la empresa (casi el 40%) para una sociedad que habían constituido previamente con el mismo objeto que el que tenía la sociedad a la que servían, en una gestión cuyo desarrollo, en la generalidad de los casos, supone contactos previos, desarrollados cuando estaban en la misma empresa, pues de otro modo no parece posible conseguir tal éxito en quince días naturales".

Es cierto que también la jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS de 11 de octubre de 1999 , 24 de noviembre de 2006 , 14 de marzo de 2007 y 25 de febrero y 8 de junio de 2009) ha señalado que la posibilidad de cambiar de trabajo y de aprovechar en el nuevo el bagaje de experiencia y conocimiento profesional adquirido en el anterior empleo es un derecho del trabajador con anclaje en el artículo 35.1 de la Constitución (derecho a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción a través del trabajo) y en el artículo 38 del mismo texto constitucional (libertad de empresa). Es más, resultaría perfectamente legítima la actuación del que estando al corriente del desenvolvimiento y la suerte de las relaciones jurídicas que entablaba su anterior empresario con terceros hubiese podido luego procurar el desvío de esos sujetos hacia el ámbito de actuación de la nueva empresa, lo que resultaría lícito e incluso entroncaría de forma intrínseca con las reglas del juego concurrencial. Ahora bien, ese desplazamiento clientelar no puede producirse al margen del juego limpio entre competidores, lo que no ocurre si los demandados sembraron el terreno antes de abandonar CÍRCULO DE SERVICIOS SL para asegurarse de que se iban a llevar consigo a la mayor parte de la clientela de ésta. La conquista de cuotas de mercado debe ser la recompensa del esfuerzo realizado por el competidor y de su eficiencia empresarial en el suministro de bienes o prestación de servicios, sin que el empleo de maniobras desleales para colocarse en un ramo de negocio a costa de otro pueda ser considerado lícito.

De todo ello se puede extrapolar en relación a la cláusula general del artículo 4 LCD que:

1º.- Se trata de un tipo de ilícito autónomo, con sustantividad propia, donde subsumir conductas que no tienen encaje en otro tipo especial de ilícito concurrencial.

2º.- Es un ilícito objetivo y de peligro.

3º.- Una vez descritos los hechos que han resultado probados y se pretenden ilícitos, se ha de valorar su compatibilidad con el modelo de competencia económica tutelado por la Ley, que es un modelo de competencia basado en el "mérito" o "bondad" (precio, calidad, servicio al cliente...) de las propias prestaciones, entendiéndose por tales no sólo los productos o servicios ofertados, sino también la publicidad y el marketing empleados para convencer a los clientes de la bondad de la oferta. De este modo, se deben reputar desleales las conductas que resulten contrarias al modelo o estándar de buena fe, el cual resulta exigible con carácter general en el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 CC) y específicamente en los actos realizados en el mercado con fines de concurrencia.

a) Así, se entiende por buena fe, desde el punto de vista objetivo la exigencia ética significada por los valores de la honradez, la lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y el atenerse a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena , es decir, la confianza o justa expectativa que, en relación con la conducta ajena, tiene quien concurre en el mismo, determinada por lo que es usual en el tráfico jurídico

b) Dicha buena fe se infringe cuando se contravienen los usos y costumbres admitidos como correctos por todos los participantes en el mercado.

II.- Hechos imputados y conclusión.



OUTMARK, S.L. y Pablo imputan a Elisabeth la apropiación de información secreta, en concreto de la diapositiva del "bocata emocional" arriba descrito para su incorporación al manual de formadores en ventas de un curso de DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. Escuetamente, imputan a ésta última mala fe en la incorporación de dicha información a su manual.

Nada hay nuevo en este punto que no se haya dicho más: la información que se pretende apropiada por Elisabeth ni es secreta, ni novedosa, ni aporta ventaja competitiva a OUTMARK, S.L. Por otro lado, no se ha probado, más allá de imputaciones genéricas, sin base fáctica o retórica alguna, la mala fe de DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A.

Es más, es que por la propia técnica jurisprudencial aplicable a la cláusula general del artículo 4 LCD, no puede pretenderse que conductas como las plasmadas, que son, en su caso, subsumibles en otros supuestos legales, tal y como se ha visto, pretendan una condena genérica vía el artículo 4 LCD. Efectivamente, en la argumentación de la parte actora, en relación con Elisabeth, no se dice nada distinto a lo manifestado en otras partes de la demanda respecto de otros supuestos legales de infracción. A mayor abundamiento, dado que sólo ha utilizado el contenido de una diapositiva elaborada por OUTMARK, S.L., de un contenido, como se ha dicho, común a la técnica emocional en ventas, con preguntas generales y haciendo desaparecer el único elemento de cierta relevancia (derivada, por otro lado, de la propia estructura y nomenclatura de la técnica utilizada), no podemos apreciar una conducta lesiva de los derechos de los actores, máxime cuando nada se ha justificado al respecto.

Por todo lo anterior, procede desestimar la demanda de OUTMARK, S.L. y Pablo respecto de DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. y Elisabeth.

SEXTO.- Costas.

Conforme al artículo 394.1 LEC, las costas se impondrán a la parte que hubiere visto desestimadas todas y cada una de sus pretensiones.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO.

Desestimo la demanda interpuesta por la representación procesal de OUTMARK, S.L. y Pablo contra DEVELOPMENT SYSTEMS, S.A. y Elisabeth, con expresa condena en costas de la parte actora.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas.

Dedúzcase testimonio y únase a la presente causa, registrándose el original en el Libro de Sentencias del Juzgado.

Esta sentencia no es firme. Contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días (artículos 455 y ss LEC) previa la constitución y acreditación del correspondiente depósito en la cuenta de consignaciones del Juzgado.

Por ésta mi sentencia, así lo acuerdo, mando y firmo, Juan Carlos Picazo Menéndez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid.