



Roj: **STS 4235/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4235**

Id Cendoj: **28079110012014100526**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/09/2014**

Nº de Recurso: **2484/2012**

Nº de Resolución: **442/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 9969/2012,**  
**STS 4235/2014**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a tres de Septiembre de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por Alliance Healthcare, SA, representada por el procurador de los tribunales don Ignacio López Chocarro, contra la sentencia dictada el cinco de julio de dos mil doce, por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Barcelona. Ante esta Sala compareció el procurador de los tribunales don Anibal Bordallo Huidobro, en representación de Alliance Healthcare, SA, en concepto de parte recurrente. Es parte recurrida Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SLC, representada por la procurador de los tribunales doña Sofía Pereda Gil.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Por escrito registrado, por el Juzgado Decano de Barcelona, el dieciocho de noviembre de dos mil ocho, el procurador de los tribunales don Ignacio López Chocarro, obrando en representación de Alliance Healthcare, SA, interpuso demanda de juicio ordinario contra doña Ana y Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL.

En la referida demanda, la representación procesal de Alliance Healthcare, SA alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que su representada se dedicaba a distribuir al por mayor medicamentos y productos sanitarios a los establecimiento de farmacia. Que fue constituida, en mil novecientos diecinueve, con el nombre Safa Galénica, SA y que pertenecía al grupo británico Alliance Boots, habiendo sido su cuota de mercado en el año dos mil ocho del once con siete por ciento.

Que doña Ana había estado empleada por Alliance, durante casi veintiséis años, ya que se incorporó a su plantilla el veintidós de febrero de mil novecientos ochenta y dos. Que alcanzó una indudable progresión, ya que, desde una posición propia del orden laboral, llegó al cargo de directora general.

Que, incluso, el seis de octubre de dos mil convino con el consejo de administración de Alliance Healthcare, SA una cláusula de blindaje, conforme a la que, en caso de despido, se le reconocerían unas condiciones especiales de compensación.

Que, en todo caso, tenía pleno conocimiento y acceso a la información más sensible de la empresa, en concreto a la que estaba referida al plan estratégico del grupo en España.



Que Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL (Hefame) era la tercera mayorista de productos farmacéuticos en España, con una cuota de mercado en el año dos mil ocho de nueve con tres por ciento.

Que dicha sociedad y la demandante se encontraban en una clara relación de competencia.

Que el mercado de la distribución farmacéutica se basaba en la proximidad, la calidad y la velocidad del servicio prestado a las farmacias - lo que solía tener lugar dos, tres o, incluso, cuatro veces al día -.

Que el ámbito geográfico más significativo era el provincial, que permitía una rápida distribución.

Tras esas consideraciones dirigidas a situar el conflicto, alegó que, por ciertas discrepancias con su representada, doña Ana fue despedida el diecinueve de mayo de dos mil ocho.

Que, como consecuencia de ello, se celebró un acto de conciliación, ante el Juzgado de lo Social número Dos de Sabadell, el diecinueve de mayo de dos mil ocho, acto en el que la empleadora aceptó reconocer la improcedencia del despido, obligándose a compensar a doña Ana en un millón doscientos mil euros (1 200 000 €), cantidad que le fue abonada.

Que, en el propio acto de conciliación, las partes convinieron, mediando la entrega de una suma adicional de cien mil euros (100 000 €), un pacto de no concurrencia, conforme al cual " [a]l mismo tiempo y teniendo en cuenta la posición funcional de la actora, ofrece la cantidad de 100 000 € netos (cien mil euros netos) en concepto de pacto de no concurrencia, que tendrá la duración de un año desde la fecha de hoy y limitada a la participación en empresas de distribución de productos farmacéuticos, al por mayor que sean competidores directos de la compañía " - como demostraba el documento aportado con el número 6 -.

Que, con ese pacto la demandante trataba de proteger su know-how, ya que la contratación por un competidor de doña Ana , dado el conocimiento que tenía de sus secretos empresariales, se consideraba perjudicial -" [...] teniendo en cuenta la posición funcional de la actora [...] limitada a la participación en empresas de distribución de productos farmacéuticos que sean competidores directos de la compañía [...] "-.

Con esos antecedentes, la representación procesal de Alliance Healthcare, SA imputó a las demandadas la comisión de actos desleales.

En concreto, alegó que, el quince de octubre de dos mil ocho, cuando sólo habían pasado cinco meses de la perfección del pacto de no concurrencia, llegó a su conocimiento que Hefame, en desarrollo de un plan de renovación y ampliación de su empresa en Cataluña - región en la que su representada contaba con la mejor penetración en el mercado -, contemplaba ofertar un trabajo de alto nivel a doña Ana , despedida por ella con el repetido pacto.

Que, por ello, envió a Hefame y a doña Ana sendos requerimientos, comunicando o recordando, en sus respectivos casos, la existencia del pacto de no concurrencia - como probaba con el documento aportado con el número 7 y 8 -.

Que Hefame no contestó a ese requerimiento, pero sí lo hizo doña Ana , por vía notarial, para manifestar que " desistía " del pacto y ponía a disposición de Alliance " la parte proporcional " (cincuenta y cuatro mil doscientos cuarenta y seis euros, con cincuenta y ocho céntimos (54 246,58 €) de la compensación satisfecha, mediante un cheque - como demostraba con el documento aportado con el número 12 -.

Que Alliance rechazó el cheque y negó cualquier ruptura del pacto.

Que, por su parte, Hefame adoptó en todo momento una postura aparentemente pasiva, a modo de producto de una sordera voluntaria.

Que dos días antes de la interposición de la demanda, Hefame comunicó a las farmacias que había contratado a doña Ana - lo que demostraba con el documento aportado con el número 13 -.

Que, a consecuencia de dicho acto desleal, reclamaba la suma en que se determinase el daño, a liquidar en otro proceso - conforme a la norma del artículo 219, apartado 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil -.

Y que, subsidiariamente, pretendía la condena de doña Ana a indemnizarle por los beneficios obtenidos y, en todo caso, a reintegrarle la suma de los cien mil euros recibidos (100 000 €).

Invocó como normas aplicables las de los artículos 5 y apartados 1 y 2 del artículo 14 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal** - antes de la reforma por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la **competencia desleal** y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios -.

En el suplico de la demanda, la representación procesal de Alliance Healthcare, SA interesó del Juzgado de Primera Instancia competente una sentencia por la que: " 1º.- Se declare que las demandadas doña Ana

y a Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SA (Hefame) han incidido en actos de **competencia desleal** en relación a la compañía Alliance Healthcare, SA, al haber convenido la contratación de doña Ana vigente el pacto de no competencia que le vinculaba a Alliance Healthcare, SA. en las circunstancias descritas en la presente demanda. 2º.- Se condene a las codemandadas a cesar, hasta transcurrido el dieciocho de mayo de dos mil nueve, en toda relación de prestación de servicios por parte de doña Ana , a favor de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SA (Hefame), sea cual sea la forma jurídica que tal prestación adopte. 3º.- Que se condene a la codemandada doña Ana a satisfacer los daños y perjuicios causados o que se causen por los actos de **competencia desleal** referidos en el apartado 1, comprendiendo los tres elementos que han quedado consignados en el hecho tercero de la presente demanda, quedando para un pleito posterior la liquidación concreta de las dos primeras cantidades y fijándose ya en 100 000 € (cien mil euros). 4º.- Que se condene a las demandadas solidariamente al pago de las costas del proceso en el supuesto de que se opongán a la presente demanda " .

**SEGUNDO.** La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil número Uno de Barcelona, que la admitió a trámite, por auto de veinticinco de noviembre de dos mil ocho , conforme a las reglas del juicio ordinario, con el número 884/2008.

Las demandadas, doña Ana y Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Sociedad Cooperativa Limitada, fueron emplazadas y se personaron en las actuaciones.

La primera lo hizo representada por el procurador de los tribunales don Francisco Javier Manjarín Albert y la segunda por la procurador de los tribunales doña Araceli García Gómez.

Ambos contestaron la demanda.

I.- La representación procesal de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Sociedad Cooperativa Limitada, lo hizo por escrito registrado el dieciocho de marzo de dos mil ocho, en el que alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que la demandante pertenecía al grupo británico Alliance Boots, que cotizaba en bolsa, con una facturación aproximada en el último año de dieciocho millones y medio de euros y que era líder de la distribución farmacéutica en España, Mientras que Hefame era una sociedad cooperativa, fundada en Murcia en la década de mil novecientos cincuenta y con una cifra de negocios en dos mil ocho de algo más de un millón de euros.

Que doña Ana era una persona cualificada profesionalmente, con una conocida trayectoria en el sector farmacéutico, que había sido despedida por la demandante en mayo de dos mil ocho y que, en la actualidad, era su gerente para la zona de Cataluña, desde noviembre de ese año.

Añadió que, al haber concluido sus relaciones laborales con los gerentes del almacén y la oficina de Hefame en Barcelona, en junio de dos mil ocho, la sociedad buscó inmediatamente un profesional de experiencia, contactando con la consultora denominada Hay Selección, SA, para que le ayudara a encontrarlo - como probaba con el documento aportado con los números 4 y 5 -.

Que por esa vía entró en contacto con doña Ana , que fue la persona elegida por su valía y experiencia, suscribiendo con ella, en noviembre de dos mil ocho, un contrato laboral.

Que en ningún caso indujo a Ana para que incumpliera el pacto de no concurrencia.

Que, además, por razón de sus distintas formas societarias, modelo de negocio y finalidades económicas entre las dos entidades litigantes, no existía entre ellas una real relación de competencia.

Finalmente, negó que su representada hubiera cometido los actos desleales que se le atribuían, tanto el del artículo 5 como los del artículo 14, apartados 1 y 2, de la Ley 3/1991, de 10 de enero .

Que, en particular, negaba la infracción de las reglas de la buena fe, así como la inducción para que doña Ana incumpliera sus deberes contractuales y menos que con su contratación hubiera pretendido eliminar o perjudicar a la demandante, así como que nunca había dispuesto de información confidencial de la demandante.

Con esos antecedentes, la representación procesal de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Sociedad Cooperativa Limitada interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Barcelona una sentencia que desestimara la demanda con imposición de las costas a la demandante.

II.- La representación procesal de doña Ana contestó también la demanda, por escrito registrado el veinticuatro de marzo de dos mil nueve.



De ese escrito interesa, por lo que se dice a continuación, exclusivamente el suplico, en el que solicitó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Barcelona un sentencia desestimatoria de la demanda, con imposición de costas a la demandante.

III.- Por auto del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Barcelona, se aprobó el desistimiento manifestado por la representación procesal de Alliance Healthcare, SA respecto de la acción ejercitada contra doña Ana .

**TERCERO** . Celebrados los actos de audiencia previa y del juicio, practicada la prueba que, propuesta, había sido admitida, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Barcelona dictó sentencia, en el juicio ordinario número 884/2008, con fecha trece de mayo de dos mil once, con la siguiente parte dispositiva: " 1.- *Estimar la demanda interpuesta por Alliance Healthcare, SA, contra la Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SA, declarando desleal la inducción que realizó a doña Ana a infringir el pacto de no concurrencia que esta última había suscrito con la actora y por la que había obtenido un contraprestación de cien mil euros* " .

Por autos de diecinueve de mayo y treinta y uno de mayo el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Barcelona completó el fallo de la referida sentencia, en el sentido de añadir a su pronunciamiento la condena de la demandada al pago de las costas.

**CUARTO** . La representación procesal de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Sociedad Cooperativa Limitada interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Barcelona, en el juicio ordinario número 884/2008, con fecha trece de mayo de dos mil once.

Las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que se turnaron a la Sección Decimoquinta de la misma, que tramitó el recurso de apelación, con el número 537/2011, y dictó sentencia con fecha cinco de julio de dos mil doce , con la siguiente parte dispositiva: " *Fallamos. Estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Sociedad Cooperativa Limitada, contra la sentencia dictada en fecha de trece de mayo de dos mil once, que revocamos. En su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por Alliance Healthcare, SA, contra dicha demandada, a la que absolvemos, sin imposición de costas en ninguna de las instancias* " .

**QUINTO** . La representación procesal de Alliance Healthcare, SA interpuso recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, contra la sentencia dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación número 537/2011, con fecha cinco de julio de dos mil doce .

Las actuaciones se elevaron a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de veintiuno de mayo de dos mil trece , decidió: " *Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Alliance Healthcare, SA, contra la sentencia dictada, con fecha cinco de julio de dos mil doce, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta), en el rollo de apelación número 537/2011 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 884/2008 del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Barcelona* " .

**SEXTO** . El recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Alliance Healthcare contra la sentencia dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación número 537/2011, con fecha cinco de julio de dos mil doce , se compone de tres motivos, en los que la recurrente denuncia:

**PRIMERO** . Con apoyo en la norma cuarta del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 24 de la Constitución Española, en relación con la del apartado 2 del artículo 386 de la primera Ley citada .

**SEGUNDO** . Con apoyo en las normas tercera y cuarta del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 24 de la Constitución Española y la de los artículos 316 , 326 y 376 de la primera Ley citada .

**TERCERO** . Con apoyo en la norma cuarta del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 24 de la Constitución Española , en relación con las de los artículos 316 y 376 de la primera Ley citada , en la aplicación del artículo 14, apartado 2, de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal** .

**SÉPTIMO** . El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Alliance Healthcare contra la sentencia dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación número 537/2011, con fecha cinco de julio de dos mil doce , se compone de dos motivos, en los que la recurrente, con apoyo en la norma del apartado 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia:

**PRIMERO** . La infracción de la norma del apartado 1 del artículo 14 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal** .



**SEGUNDO** . La infracción de la norma del artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal** , en su inicial redacción.

**SÉPTIMO**. Evacuado el traslado conferido al respecto, la procurador de los tribunales doña Sofía Pereda Gil, en nombre y representación de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SLC, impugnó los recursos, solicitando se declarase no haber lugar a los mismos.

**OCTAVO**. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el nueve de julio de dos mil catorce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de los antecedentes.

Alliance Healthcare, SA, dedicada a distribuir a las farmacias medicamentos y productos sanitarios , alegó en la demanda que, una vez terminada la relación jurídica que, durante años, le había unido a la que era su directora general, Ana , celebró con ella un pacto de no concurrencia, con vigencia de un año y prohibición " limitada a la participación en empresas de distribución de productos farmacéuticos, al por mayor que sean competidores directos de la compañía ", a cambio de la entrega de cien mil euros.

También alegó que, cuando sólo habían transcurrido cinco meses desde la perfección del referido contrato de no concurrencia - que marcaba el inicio del cómputo del año - llegó a su conocimiento que una competidora, Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Sociedad Cooperativa (en lo sucesivo Hefame) había manifestado en los sectores interesados que, en ejecución de un plan de ampliación y renovación de su empresa en Cataluña, había previsto ofrecer un trabajo de alto nivel en su organización a doña Ana .

Así como que los requerimientos que a ambas seguidamente dirigió, en un caso para dar a conocer y, en el otro, para reiterar el efecto vinculante del repetido pacto, no tuvieron resultado positivo, dado que, unos días antes de la interposición de la demanda - sin haber vencido todavía el plazo anual de la omisión prometida -, Hefame comunicó a las farmacias que había contratado a la otra demandada.

Para Alliance Healthcare, SA los comportamientos de Hefame y doña Ana constituían ejemplos de actuación desleal.

En concreto, consideró que habían consumado los tipos descritos en las normas de los artículos 5 y 14, apartados 1 y 2, de la Ley 3/1991, de 10 de enero - en la redacción anterior a la dada mediante la reforma por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modificó el régimen legal de la **competencia desleal** y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios -.

II.- Hefame, al contestar la demanda, negó haber ejercido influencia alguna sobre doña Ana para que aceptara trabajar por su cuenta. Afirmó, en síntesis, que fue dicha señora la que había tomado la iniciativa, al comunicar a una empresa de selección de personal su deseo de hacerlo por cuenta ajena. Así como que ella, producida una vacante en su plantilla, se limitó a buscar un profesional cualificado, sirviéndose de la misma mediación especializada.

III.- Iniciado el proceso Alliance Healthcare, SA desistió de seguirlo contra doña Ana , a la que - como se indica en la sentencia recurrida - había demandado ante la jurisdicción laboral en reclamación de una indemnización por el incumplimiento del pacto de prohibición de competencia.

Desde entonces el único sujeto pasivo de las acciones ejercitadas en la demanda fue Hefame.

IV.- En la primera instancia fue estimada la acción que había ejercitado Alliance Healthcare, SA contra Hefame, pues consideró el Juzgado de lo Mercantil que ésta había cometido el acto desleal que tipifica la norma del artículo 14, apartado 1, de la Ley 3/1991 - no la del apartado 2, ni la del artículo 5 -, con la siguiente argumentación: " [...] aun admitiendo que hubiera podido no corresponderle [a Hefame] la iniciativa en el proceso de oferta, lo relevante es si su actuación fue la determinante para que la referida resolución se llevara a efecto y entiendo que sólo en la medida que garantizase la indemnidad económica de doña Ana por efecto de la referida resolución se corresponde con los presupuestos antes establecidos. De ahí que deba concluirse que el demandado indujo, realizó una actuación determinante para que la referida resolución contractual acabara cristalizando y por esa razón su comportamiento merezca la calificación de desleal " .

V.- El Tribunal de apelación estimó el recurso de Hefame y desestimó íntegramente la demanda.

A.- En cuanto a los hechos, declaró probado que doña Ana , a los cinco meses de haber celebrado el pacto de no concurrencia, que debía tener un año de vigencia, sustituyó su inicial decisión de no concurrir por la de



reincorporarse a la vida laboral en aquella faceta comercial que conocía, pese al pacto, para lo que se sirvió de una empresa de selección de personal, por medio de la que entró en contacto con Hefame.

B.- En cuanto al tipo cuya comisión se había declarado probada en la sentencia de primera instancia - el del artículo 14, apartado 1 -, admitiendo la dificultad de abrir la mente humana desde fuera, consideró no probada la inducción atribuida a Hefame, esto es, que dicha cooperativa hubiera movido la voluntad de doña Ana , tanto más si hasta pocos días antes de contratarla, no tuvo conocimiento del pacto de no competencia, cuya existencia se le comunicó cuando las conversaciones estaban muy adelantadas.

También entendió que la actitud pasiva de la demandada no equivalía a inducción, dada la determinación previa de doña Ana a trabajar por cuenta ajena en la prestación de servicios para los que estaba formada.

Consideró que la hipótesis en que se basaba la demanda, aunque no absurda, " [...] no deja de ser una conjetura[...] ", pues " [...]existen una serie de circunstancias en el caso concreto que permiten dudar de una determinación proyectada por Hefame, o de una instigación por su parte " .

En particular, entendió que " las explicaciones de la señora Ana en la comunicación de desistimiento del pacto que dirigió a la actora son coherentes con esta previa disposición o decisión - <la razón de dicho desistimiento no es otra que, por razones de carácter personal, profesional e incluso económicas, no me es posible mantener una inactividad no justificada, ni compensada suficientemente y que puede poner en riesgo mi futuro profesional> - , habida cuenta que contaba con cincuenta y tres años y, por lo que parece, la retribución pactada le pareció insuficiente, a posteriori " .

Por todo ello, terminó destacando que " resulta difícil concluir con certeza en esta situación si existió un ejercicio de influencia por parte de Hefame para que la señora Ana desistiera del pacto, ya que, por el contrario, cabe deducir con razonabilidad que esa influencia no era necesaria por la disposición previa de la señora Ana a incumplir el pacto ", tanto más si la misma " se comprometió a asumir las consecuencias de su desistimiento, creando la confianza en Hefame de que podría desactivar el pacto, resolverlo o enervarlo a satisfacción de los interesados, devolviendo la mitad de la cantidad percibida, en función del tiempo que restaba para su expiración, y en todo caso asumiendo personalmente las consecuencias de su decisión [...] " .

C.- En cuanto al tipo descrito en el artículo 14, apartado 2, en la modalidad de aprovechamiento de la infracción contractual ajena, cuya comisión se había negado en la sentencia recurrida, el Tribunal de apelación destacó que la norma exigía que, siendo aquella conocida, tuviera 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. Así como que ninguna de esas circunstancias había sido probada.

D.- Y respecto del otro tipo cuya comisión se había negado ya en la sentencia apelada, esto es, el del artículo 5, consideró correctas las argumentaciones que dieron soporte, en este extremo, a la decisión desestimatoria, como consecuencia de " haber configurado la Ley de **competencia desleal** una tipificación especial que establece los específicos elementos objetivos que integran la ilicitud de la conducta de que se trata (en el artículo 14)" y de ser "improcedente su enjuiciamiento desde la perspectiva del artículo 5, a menos que la causa de pedir se matice o particularice de tal manera que la conducta así configurada escape al control de licitud que proporciona la norma especial, la cual, debido a esos matices o particularidades, ya no resultaría aplicable " .

Lo que el Tribunal consideró no era el caso, " ya que lo que la demanda pretende es que la misma conducta que incardina en el artículo 14 sea subsumida en el artículo 5, como si este precepto fuera idóneo para sancionar un comportamiento que, conforme al precepto que lo tipifica especialmente, supera el control de licitud. Como indica la sentencia del Tribunal Supremo 15 de diciembre de 2008 (que cita otras muchas), el artículo 5 está reservado a comportamientos que merezcan la calificación de desleales no contemplados en los artículos 6 a 17 de la propia Ley; no establece un principio abstracto objeto de desarrollo en los artículos siguientes, sino un supuesto de ilicitud con sustantividad propia, que entraña una norma completa, por lo que no cabe su alegación si los actos se contemplan en otra norma; su plena autonomía se manifiesta en que no puede valorarse en relación con los actos típicos de los arts. 6 a 17, pues no tiene carácter integrativo o complementario de los mismos, y de ahí que quepa rechazar de plano todo planteamiento que pretenda configurar el ilícito general como una versión de los tipos específicos modalizados por un comportamiento contrario a la buena fe objetiva".

VI.- Contra la sentencia de segundo grado interpuso Alliance Healthcare, SA recursos extraordinarios, por infracción procesal y de casación.

## **I.- RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE LA DEMANDANTE.**

### **SEGUNDO. Enunciado y fundamento de los tres motivos.**



En el primero de los motivos de su recurso extraordinario por infracción procesal denuncia Alliance Healthcare, SA, con apoyo en la norma cuarta del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de las de los artículos 386, apartado 2, de la misma Ley y 24 de la Constitución Española .

Afirma que el Tribunal de apelación había vulnerado las normas sobre la valoración de la prueba, dado que era ilógica y absurda la conclusión a que llegó, al considerar que doña Ana había decidido incumplir el pacto de concurrencia previamente a recibir la oferta de Hefame; así como que esta sociedad había conocido el pacto de no concurrencia cuando las negociaciones con aquella estaban muy avanzadas y confiado en que la misma resolvería sus diferencias con la propia recurrente.

En el motivo segundo, con el mismo apoyo en la norma cuarta del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia Alliance Healthcare, SA la infracción de los artículos 316, 326 y 376 de la misma Ley y del artículo 24 de la Constitución Española .

Se refiere a la afirmación de que Hefame contrató con doña Ana en la creencia de que había resuelto sus diferencias con ella o estaba en posición de hacerlo y a la negación de que la cooperativa nada ofreció a dicha señora por el posible perjuicio derivado de la ruptura del pacto.

En el tercer motivo, con el mismo apoyo que los otros dos, denuncia la infracción de los artículos 376 y 316 de la misma Ley.

Alega la recurrente que el Tribunal de apelación no había tomado en consideración los medios de prueba a que las mencionadas normas se refieren para negar la concurrencia de las finalidades exigidas para el supuesto desleal del artículo 14, apartado 2, de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal** .

### **TERCERO. Desestimación de los tres motivos.**

La valoración de la prueba, en cuanto función soberana y exclusiva de los Tribunales de las instancias, no es revisable en este recurso extraordinario, salvo cuando no supere el test de constitucionalidad exigible para entender respetado el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución Española .

Y, en tal caso, el recurso debe plantearse al amparo del artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como ha hecho Alliance Healthcare, SA.

El Tribunal Constitucional, en su labor de interpretación del artículo 24 de la Constitución Española, en relación con la valoración de la prueba, ha elaborado la doctrina del error patente, destacando su relación con aspectos de carácter fáctico del supuesto litigioso. Son de mencionar, como expresión de esa doctrina, las sentencias 29/2005, de 14 de febrero, y 211/2009, de 26 de noviembre. En esta última el Tribunal destacó que "*concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración*". En la sentencia 55/2001, de 26 de febrero - tras referir el error a la "*indebida apreciación de datos de la realidad condicionantes de la resolución adoptada*", a "*la determinación de los hechos objeto del juicio o con la determinación y relación del material de hecho sobre el que se asienta la decisión*" y a un "*dato fáctico indebidamente declarado como cierto*" -, señaló los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de la vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que estamos examinando e igualmente mencionó el consistente en que el error debe ser patente "*o, lo que es lo mismo, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia*".

A su vez, como recuerda la sentencia 29/2005, de 14 de febrero, dicho Tribunal ha aplicado un criterio de flexibilidad en la tutela de los derechos fundamentales y considerado como defecto determinante de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, la irracionalidad de la fundamentación de la sentencia, en consideración a que aquél "*no garantiza el acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación del Derecho*", pero exige "*que la respuesta judicial a las pretensiones de las partes, o, en su caso, a la decisión de inadmisión de las mismas, esté motivada con un razonamiento congruente fundado en Derecho [y] para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario ni irrazonable [...]*".

Ningún error de hecho ni arbitrariedad se advierte en la valoración de los medios de prueba a que se refieren los preceptos citados en los tres motivos, además de en la aplicación del artículo 386 de la misma Ley.

Lo que la recurrente pretende en ellos es convertir el recurso extraordinario en la puerta de una nueva instancia. Lo que no cabe.

## **II. RECURSO DE CASACIÓN DE LA DEMANDANTE.**



#### **CUARTO. Enunciado y fundamentos del primero de los motivos.**

Denuncia Alliance Healthcare, SA, en el primero de los motivos de su recurso de casación, con fundamento en la norma tercera del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de la del apartado 1 del artículo 14 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal**.

Afirma la recurrente que el Tribunal de apelación había aplicado un criterio restrictivo del término " *inducción* ", al haberla negado por dar un valor determinante al hecho de que doña Ana hubiera tomado la iniciativa de incumplir el pacto de no competencia; así como a que se le hubiera comunicado a Hefame dicho pacto cuando las negociaciones con aquella señora estaban ya avanzadas; y a que Hefame hubiera contratado en la confianza de que doña Ana había resuelto sus diferencias con la demandante.

Sostiene, con el propósito de justificar el interés casacional, que otros Tribunales de apelación seguían un criterio más flexible sobre la naturaleza de la acción de inducir, refiriéndola también a supuestos de mera influencia sobre el comportamiento ajeno.

Concluye afirmando que, al significar inducir lo mismo que " *mover, dar motivo, persuadir, incitar...* ", no hay razón para exigir al inductor una influencia determinante sobre la voluntad ajena, que, en todo caso, la sentencia recurrida había considerado necesaria.

#### **QUINTO. Desestimación del primer motivo.**

El preámbulo de la Ley 3/1991, de 10 de enero, destaca que la finalidad perseguida con ella es el mantenimiento de unos mercados altamente transparentes y competitivos, así como que por esa razón la redacción de sus preceptos está presidida por la permanente preocupación de evitar qué prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, como desleales.

Ese propósito se ha reflejado en unas tipificaciones muy restrictivas, que, en algunas ocasiones, más que dirigirse a incriminar una determinada práctica, tienden a liberalizarla o por lo menos a zanjar posibles dudas acerca de su deslealtad.

En particular, el artículo 14, apartado 1, tipifica como desleal " *la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores* ".

Esa inducción - la prueba de haber tenido lugar - ha sido negada en la sentencia recurrida y, a partir de los hechos declarados probados por el Tribunal de apelación, no cabe sino considerar correcta tal conclusión.

En efecto, inducir significa ejercer una influencia espiritual o psíquica sobre el inducido, a modo de incitación o instigación a hacer algo - en el caso, infringir el deber contractual de no trabajar durante un años para " *empresas de distribución de productos farmacéuticos, al por mayor que sean competidores directos* " de la ahora recurrente -.

Sucede que no cabe inducción si el supuesto sujeto pasivo de la influencia está ya determinado a actuar por su propia decisión. No la hay sólo por generar una ocasión favorable para quien estaba decidido y conserva en todo momento el dominio del acto. Debe tenerse en cuenta que el aprovechamiento de la infracción contractual ajena constituye una infracción distinta, descrita en el apartado 2 del artículo 14 -.

Precisamente por razón de esa previa decisión de doña Ana el Tribunal de apelación negó que Hefame hubiera cometido el acto desleal de que se trata. Valoró la determinación previa de dicha señora, puesta en contacto con empresas del sector por medio de otra dedicada a la selección de personal, a reincorporarse a la vida laboral con la prestación de servicios para los que estaba formada, así como su voluntad de asumir las consecuencias de la infracción del pacto de no concurrencia.

No cabe, en tales circunstancias, entender que el Tribunal de apelación aplicó incorrectamente la norma que en el motivo se dice infringida, pues, conforme a los hechos declarados probados, ninguna inducción al incumplimiento del pacto cabe atribuir a Hefame.

#### **SEXTO. Enunciado y fundamentos del segundo motivo.**

Se expuso al principio que el Tribunal de apelación negó la aplicación al caso del artículo 5 de la Ley 3/1991, aceptando los argumentos contenidos, al respecto, en la sentencia apelada. Argumentó dicho Tribunal que al contener la Ley " *una tipificación especial que establece los específicos elementos objetivos que integran la ilicitud de la conducta de que se trata [...], es improcedente su enjuiciamiento desde la perspectiva del artículo 5, a menos que la causa de pedir se matice o particularice de tal manera que la conducta así configurada escape al control de licitud que proporciona la norma especial, la cual, debido a esos matices o particularidades, ya no resultaría aplicable* " .





Y concluyó que ese no era el caso " *ya que lo que la demanda pretende es que la misma conducta que incardina en el artículo 14 [...] sea subsumida en el artículo 5 [...], como si este precepto fuera idóneo para sancionar un comportamiento que, conforme al precepto que lo tipifica especialmente, supera el control de licitud* " .

Por ello, en el segundo motivo de su recurso de casación Alliance Healthcare, SA denuncia la infracción del artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero .

Alega la recurrente que en su demanda había seguido la interpretación que, a dicha norma, da el Tribunal Supremo, así en las sentencias 1032/2007, de 8 de octubre , 628/2008, de 3 de julio , y 256/2010, de 1 de junio , y que ya tuvo en cuenta los argumentos expuestos por el Tribunal de apelación, por lo que presentó el supuesto como apto para dar vida a un tipo de deslealtad autónomo - pacto de no concurrencia; comportamiento pasivo de Hefame; maquinación de Ana , de acuerdo con Hefame; burla de las elementales exigencias de la lealtad... - .

Concluye afirmando que el Tribunal de apelación aplicó de manera inadecuada y simplista la norma a los hechos probados.

#### **SÉPTIMO. Desestimación del segundo motivo.**

El Tribunal de apelación interpretó correctamente el artículo 5 de la Ley 3/1991 , que contiene una llamada cláusula general, prevista - tal como resulta de su preámbulo - para la represión de " *la siempre cambiante fenomenología de la **competencia desleal*** " .

Se trata de un tipo abierto, construido siguiendo el estándar de la buena fe - que, en la redacción de la norma, se impuso a otros términos considerados " *sectoriales y de inequívoco sabor corporativo* " , tales como " *la corrección profesional* " o " *usos honestos en materia comercial e industrial* " , a los que se refiere el artículo 10 bis, apartado segundo, del Convenio de la Unión de París de 20 de marzo de 1883 - .

El artículo 5 permite, en definitiva, calificar como desleales conductas que no estén descritas en los demás preceptos de la Ley 3/1991 , cuando, concurriendo los presupuestos sancionados en los artículos 1 a 4 de la misma, sean contrarias al modelo o estándar en que la buena fe consiste.

De acuerdo con el canon hermenéutico de la totalidad la jurisprudencia ha negado que dicho precepto pueda ser utilizado para calificar como desleales conductas que superen el control de legalidad establecido en los preceptos de la propia Ley específicamente redactados para reprimirlas o, a sensu contrario, permitir las. Ese papel supletorio de los demás tipos, en cuanto inapto para garantizar o asegurar una ordenación del juego competitivo acorde con la escala de valores e intereses que ha cristalizado en nuestra constitución económica, no es aquel para el que está destinado al artículo 5, en un marco jurídico, cierto y efectivo, que busca dar cauce a la cada vez más enérgica y sofisticada lucha concurrencial.

Así, la sentencia 635/2009, de 8 de octubre , resumió la doctrina al respecto, recordando - con la 130/2006, de 22 de febrero - que " *el artículo 5 de la Ley 3/1991 no puede 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, 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* " . La sentencia 4215/2006, de 11 de julio , puso de manifiesto que " *es improcedente acudir a la fórmula general del artículo 5 de la Ley de **competencia desleal** para combatir conductas que están tipificadas en particular en otras disposiciones* " . La sentencia 1169/2006, de 24 de noviembre , precisó que " *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* " . En el mismo sentido son de señalar las sentencias 513/2010, de 23 de julio , 611/2011, de 12 de septiembre , y 75/2012, de 29 de febrero .

También son de señalar las sentencias mencionadas en el motivo - las números 1032/2007, de 8 de octubre , 628/2008, de 3 de julio , 256/2010, de 1 de junio - por más que en ellas la mencionada doctrina se hubiera adaptado a las circunstancias de cada caso (en dos de ellas, dando particular significación a la " *captación ilegal de clientela* " por parte del sujeto agente).

En el caso enjuiciado, lo que se afirmó en la demanda fue una intromisión en la relación contractual de una competidora, llevada a cabo por vía de una inducción que se ha negado hubiera tenido lugar. O - en las dos instancias, que no en la casación - por la vía de un aprovechamiento de la infracción, que sólo sería desleal si se cumplieran las circunstancias previstas en el apartado 2 del artículo 14, negadas sin controversia por el Tribunal de apelación, sin que el recurso de casación se haya referido a esta segunda cuestión.

En resumen, ningún componente ha aportado Alliance Healthcare, SA que permita afirmar que el supuesto descrito por ella no ha de ser enjuiciado, exclusivamente, a la luz del artículo 14.



### **OCTAVO. Régimen de las costas.**

La desestimación de los dos recursos extraordinarios conlleva la condena de la recurrente al pago de las costas, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

### **FALLAMOS**

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Alliance Healthcare, SA, contra la Sentencia dictada, con fecha cinco de julio de dos mil doce, por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona .

Las costas de los recursos quedan a cargo de la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Rafael Saraza Jimena.-Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.