

Roj: **STS 3877/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:3877**Id Cendoj: **28079110012009100440**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **08/06/2009**Nº de Recurso: **2702/2004**Nº de Resolución: **383/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JESUS EUGENIO CORBAL FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Junio de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena Bis, como consecuencia de autos de Juicio Ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuarenta de Madrid, sobre **competencia desleal**; cuyo recurso fue interpuesto por las entidades J.J. SOFTWARE DE MEDICINA, S.L. y STATICON INTERNATIONAL ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador D^a. María del Carmen Giménez Cardona; siendo parte recurrida la entidad PHOENIX INTERNATIONAL LIFE SCIENCES ESPAÑA, S.A. (ahora MDS PHARMA SERVICES ESPAÑA, S.A.), representada por el Procurador D^a. Blanca M^a. Grande Pesquero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D^a. Blanca M^a Grande Pesquero, en nombre y representación de la sociedad Phoenix International Life Sciences España, S.A., interpuso demanda de Juicio Ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuarenta de Madrid, siendo parte demandada las entidades J.J. Software de Medicina, S.L. y Staticon International España, S.A.; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "estimando esta demanda, y en concreto: - Se declare: 1.- Que las codemandadas J.J. SOFTWARE DE MEDICINA, S.L. y STATICON INTERNATIONAL ESPAÑA, S.A., han incidido en actos de **competencia desleal** en relación a la compañía PHOENIX INTERNATIONAL LIFE SCIENCES ESPAÑA, S.A. al procede a la captación masiva del personal de ésta y aprovecharse de la información inherente a ello en las circunstancias descritas en la demanda. 2.- Que las codemandadas se hallan obligadas a indemnizar solidariamente a PHOENIX INTERNATIONAL LIFE SCIENCES ESPAÑA, S.A. como consecuencia de la anterior declaración en la suma que resulte del periodo probatorio o, en su caso, en fase de ejecución de sentencia sobre las bases fijadas en ésta. - Se condene a las demandadas: 1.- A estar y pasar por las anteriores declaraciones. 2.- A indemnizar a la actora por los daños y perjuicios referidos. 3.- A publicar a su costa la Sentencia que se dicte en el presente procedimiento en tres revistas o periódicos del sector de la industria farmacéutica que serán elegidos por la actora. Y también condenando a J.J. SOFTWARE DE MEDICINA, S.L. y a STATICON INTERNATIONAL ESPAÑA, S.A., al pago de las costas del proceso, en el supuesto de que se opongan a la presente demanda."

2.- El Procurador D^a. María del Carmen Giménez Cardona, en nombre y representación de las entidades J.J. SOFTWARE DE MEDICINA, S.L. y a STATICON INTERNATIONAL ESPAÑA, S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que se admita la excepción planteada y en consecuencia se desestime totalmente la demanda interpuesta, con especial imposición de costas a la parte demandante; y para el caso de no ser admitida la mencionada excepción, y que en consecuencia, se entre a juzgar el fondo del asunto, se desestime totalmente la demanda interpuesta con especial imposición de costas a la parte demandante."



3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Cuarenta de Madrid, dictó Sentencia con fecha 25 de septiembre de 2.001 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Doña Blanca M^a. Grande Pesquero en nombre y representación de PHOENIX INTERNATIONAL LIFE SCIENCES ESPAÑA, S.A. contra J.J. SOFTWARE DE MEDICINA, S.L. y a STATICON INTERNATIONAL ESPAÑA, S.A., representados por el Procurador Doña Carmen Giménez Cardona, debo DECLARAR Y DECLARO que los demandados han incidido en actos de **competencia desleal** en relación a la demandante, al proceder a la captación masiva del personal de ésta y aprovecharse de la información inherente a ello sobre la clientela actuando contra las reglas de la buena fe en la competencia, y en consecuencia debo CONDENAR Y CONDENO a los referidos demandados a indemnizar solidariamente al actor en los daños y perjuicios en el importe de 673.751,93 euros (112.102.889 pts), y a publicar la sentencia en tres revistas o periódicos de la industria farmaceutica, y al pago de las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación de las entidades J.J. SOFTWARE DE MEDICINA, S.L. y STATICON INTERNATIONAL ESPAÑA, S.A., la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9^a Bis, dictó Sentencia con fecha 22 de abril de 2.004 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de J.J. SOFTWARE DE MEDICINA, S.L. y STATICON INTERNATIONAL ESPAÑA, S.A., contra la sentencia dictada con fecha 25 de septiembre de 2001 en los autos número 482/1999 del Juzgado de Primera Instancia n^o 40 de los de Madrid, y, en consecuencia, se confirma dicha sentencia, con expresa imposición de las costas del presente recurso a la parte apelante."

TERCERO.- El Procurador D^a. Carmen Giménez Cardona, en nombre y representación de las entidades J.J. SOFTWARE DE MEDICINA, S.L. y STATICON INTERNATIONAL ESPAÑA, S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial respecto la Sentencia dictada en grado de apelación de fecha 22 de abril de 2.004 , con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO:** PRIMERO.- Al amparo del art. 477.1^o de la LEC se alega infracción de los arts. 416.1.3^o y 420.4^o del mismo Texto Legal. SEGUNDO .- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 5 de la Ley 3/91 de **Competencia Desleal**. TERCERO .- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 316, 319 y 326 del mismo Texto Legal.

CUARTO.- Por Providencia de fecha 15 de diciembre de 2.004 se tuvo por interpuesto el recurso de casación anterior y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones ante esta Sala, comparecen, como parte recurrente, las entidades J.J. SOFTWARE DE MEDICINA, S.L. y STATICON INTERNATIONAL ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador D^a. María del Carmen Giménez Cardona; y como parte recurrida, la entidad PHOENIX INTERNATIONAL LIFE SCIENCES ESPAÑA, S.A. (ahora MDS PHARMA SERVICES ESPAÑA, S.A.), representada por el Procurador D^a. Blanca M^a. Grande Pesquero.

SEXTO.- Por esta Sala se dictó Auto de fecha 30 de octubre de 2.007 , cuya parte dispositiva es como sigue: "1^o) NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de las entidades "J.J. Software de Medicina, S.L." y "Staticon Internacional España S.A." contra la Sentencia dictada, con fecha 22 de abril de 2004, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9^a bis) en rollo de apelación num. 337/2003 dimanante del juicio menor cuantía num. 482/1999 del Juzgado de Primera Instancia num. 40 de Madrid, respecto de los motivos 1^o y 3^o. 2^o) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la indicada representación procesal contra la Sentencia mencionada, respecto del motivo 2^o.

SEPTIMO.- Dado traslado, la Procurador D^a. Blanca M^a. Grande Pesquero, en nombre y representación de la entidad PHOENIX INTERNATIONAL LIFE SCIENCES ESPAÑA, S.A. (ahora MDS PHARMA SERVICES ESPAÑA, S.A.), presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de mayo de 2.009, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesus Corbal Fernandez,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del recurso de casación se circunscribe a determinar si concurre el ilícito de **competencia desleal** previsto en la cláusula general del art. 5^o de la Ley de **Competencia Desleal** que reputa desleal "todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe", en relación con la conducta de una empresa que se prevalió de los contactos precontractuales no consolidados en una relación



estable con otra para conseguir el trasvase de empleados y el aprovechamiento de la clientela, en perjuicio de la concurrente en el mercado.

Por la entidad mercantil PHOENIX INTERNATIONAL LIFE SCIENCES ESPAÑA S.A. se dedujo *demanda* contra las también compañías mercantiles J.J. SOFTWARE DE MEDICINA, S.L. y STATICON INTERNATIONAL ESPAÑA S.A. solicitando se declare que el demandado ha incidido en actos de **competencia desleal** en relación a la demandante, al proceder a la captación masiva del personal de ésta y aprovecharse de la información inherente a ello y que se hallan obligadas a indemnizar solidariamente en la suma que resulte, y se condene a los referidos demandados a estar y pasar por tales declaraciones y a indemnizar en los daños y perjuicios que se acrediten en periodo probatorio o en ejecución de sentencia, y a publicar la sentencia en tres revistas o periódicos de la industria farmacéutica.

La *Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 40 de Madrid* el 25 de septiembre de 2.001, en los autos de juicio de menor cuantía núm. 482 de 1.999, estima la demanda, declara que los demandados han incidido en actos de **competencia desleal** en relación a la demandante, al proceder a la captación masiva del persona de ésta y aprovecharse de la información inherente a ello sobre la clientela actuando contra las reglas de la buena fe en la competencia, y, en consecuencia, condena a los referidos demandados a indemnizar solidariamente al actor en los daños y perjuicios en el importe de 673.751,93 euros (112.102.889 pts), y a publicar la sentencia en tres revistas o periódicos de la industria farmacéutica, y al pago de las costas procesales causadas.

La Sentencia declara probado:

1º) Además de contratos esporádicos de colaboración entre las partes, entre julio y diciembre de 1.998 se llevaron a cabo numerosas gestiones, reuniones y contactos que aunque no resultaren un precontrato en todo caso deben considerarse preliminares de un acuerdo que por la correspondencia (doc 6 ap. A, B, y C de 3/7/1998, 6/8/1998 y 10/8/1998, y documental 23 de la proposición de prueba del actor) estaba muy cerca de llevarse a cabo hasta el punto de que se le da publicidad en el "Diario Médico" (doc 14 de la demanda), publicidad que en contra de lo afirmado por los demandados no es iniciativa exclusiva de la demandante sino que en la misma colabora la demandada (doc 24 de la proposición de prueba del actor).

2º) Que fruto de estos tratos preliminares y dado el estado avanzado de los mismos por ambas partes se cruzan los listados de clientes y otra documentación específica relacionada con la actividad comercial, sin que como afirma la demandada entre el 10/8/1998 y diciembre de ese año exista un vacío de 4 meses sin que la actora vuelva a ponerse en contacto con SOFTMED como así se evidencia en la correspondencia durante esos meses que el actor aporta como documental 23, 25, 26 y 30 del escrito de proposición de prueba.

3º) Que en febrero de 1999, 19 directivos y empleados de Phoenix España se dan de baja en la empresa con efectos desde marzo de ese año.

4º) Que 18 de esos trabajadores y directivos comienzan en abril a trabajar para SOFTMED CLINICAL RESEARCH S.A., actualmente STATICON INTERNATIONAL ESPAÑA S.A., empresa participada por la codemandada JJ Software de Medicina SL (SOFTMED).

Que incluso dos de los directivos del departamento de investigación clínica de PHOENIX, Sres. Matías y Prudencio son los encargados de comunicar, ya como directivos de STATICON, a la industria farmacéutica el nacimiento de esta empresa por medio de cartas individualizadas (doc 18 de la demanda) en las que se hace constar que el número de directivos y profesionales de STATICON es de un veintena, curiosamente poco más de los 18 que abandonaron a la actora y entraron en la empresa demandada.

Incluso una de las negociadoras nombradas por PHOENIX para mantener los tratos preliminares con SOFTMED, Noemi es una de las contratadas por STATICON y para un departamento idéntico.

5º) Que como se acredita por la documental y sobre todo por la pericial económica del Sr. Eutimio (Auditor Censor Jurado de Cuentas) la contratación de la actora a partir de marzo de 1999 se vio disminuida por la pérdida de clientes, algunos de los cuales encargaron sus proyectos a STATICON lo que supuso pérdida de ingresos y de imagen.

La *Sentencia dictada por la Sección 9ª Bis de Madrid* el 22 de abril de 2.004, en el Rollo número 337 de 2.003, desestima el recurso de apelación de J.J. SOFTWARE DE MEDICINA, S.L. y de STATICON INTERNATIONAL ESPAÑA, S.A., y confirma íntegramente la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Contra esta última Sentencia de la Audiencia Provincial se interpuso por J.J. Software de Medicina S.L. y Staticon Internacional España, S.A. *recurso de casación* articulado en tres motivos, de los que solo se admitió el segundo por Auto de esta Sala de 30 de octubre de 2.007.



SEGUNDO.- En el motivo segundo, único admitido del recurso de casación, se invoca la infracción del art. 5º de la Ley 3/1.991 de **Competencia Desleal** (LCD) y de la Jurisprudencia aplicable citándose las Sentencias de esta Sala de 6 de junio de 1.997, 11 de octubre de 1.999 y 1 y 19 de abril de 2.002 , y asimismo resoluciones de Audiencias Provinciales que devienen irrelevantes al no referirse el presupuesto de recurribilidad a jurisprudencia contradictoria de las mismas.

En el último párrafo del motivo se resume el contenido de la impugnación diciendo que "En consecuencia, tanto de la lectura del informe pericial, que indica que no ha habido ningún aprovechamiento ilícito de la clientela, ni proyectos comunes, como los hechos objetivos acreditados por la conducta de la actora, que expresamente reconocen en sus cuentas, sin ningún problema, que han aumentado sus beneficios, como por el hecho de que éstos hayan realizado su actividad **empresarial** con un socio internacional como es Staticon, que les ha dado know how y soporte para ejercitar su actividad **empresarial**, se concluye, que, con claridad no ha habido ningún comportamiento contrario a la exigencia de buena fe sancionado en el art. 5º de la LCD sino que, al contrario, no se aplicó la regla de la sana crítica al leer el informe pericial, y segundo se ha incumplido la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales acreditadas en las Sentencias que se han invocado".

Se ha transcrito el texto anterior porque es reflejo sintético de la argumentación -pluralidad de alegaciones- efectuada en el cuerpo del motivo, a lo largo del cual se contradicen las apreciaciones fácticas de la resolución recurrida cuestionando sus presunciones de hecho, haciendo supuesto de la cuestión y realizando una nueva valoración "pro domo sua" del informe pericial desde diversas perspectivas. La consecuencia de lo expuesto es la falta de pertinencia del motivo, que debió haber acarreado su inadmisión, porque las afirmaciones de hechos, positivas o negativas, y su fijación mediante la valoración de la prueba, no son verificables mediante el recurso de casación, en el que no cabe hacer supuesto de la cuestión, partiendo de premisas fácticas contrarias a las de la resolución recurrida, sin haberlas desvirtuado por el mecanismo procesal idóneo, que es, en su caso, el recurso extraordinario por infracción procesal, a cuyo ámbito corresponde igualmente la denuncia alusiva a la falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Por otra parte, la Sentencia de la Audiencia objeto de impugnación no contradice la doctrina jurisprudencial de esta Sala y se ajusta plenamente a la misma. La argumentación que constituye el soporte de la "ratio decidendi" se recoge en el fundamento tercero diciendo: «El comportamiento de las demandadas ha de considerarse objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe; pues no de otra forma ha de entenderse el aprovechamiento del listado de clientes de la actora, sin que sea verosímil que es el único sector [se hace referencia a la industria farmacéutica] en que este conocimiento de la clientela no aporte ninguna ventaja competitiva ni material como alegan -que se habían intercambiado, unido a la marcha en bloque de casi una veintena de los trabajadores de la actora para prestar sus servicios en la demandada- sin que sean verosímiles tampoco las alegaciones de que se prescindiese de los servicios y de que existiesen incomodidad o insatisfacción profesional [se alude a la alegación de las demandadas de que "fue la actora la que voluntariamente había prescindido prácticamente de los servicios de dos directivos no siendo de extrañar que si había existido algún elemento de incomodidad o de insatisfacción profesional, buscasen otros caminos, en lo que no habría nada de irregular ni de extraordinario"] y unido con las relaciones que empezaron a mantener la parte demandada con aquellos clientes y la disminución de los beneficios de la actora, llevan a concluir la existencia de una relación causal entre ésta y aquéllos y el proceder con mala fe de dichas demandadas para, sin esfuerzo **empresarial** y sin concurrir de manera leal, poder captar parte de la clientela de la actora ».

El texto expresado de la Sentencia de la Audiencia resume la amplia exposición fáctica efectuada en la Sentencia del Juzgado de la que resulta una conducta desleal de la demandada, contraria a las reglas de juego limpio en la concurrencia en el mercado, pues se aprovecha de los contactos mantenidos con la actora en orden a constituir entre ellas una relación de colaboración estable, que no llegó a producirse, para obtener información, trasvase de los trabajadores que pasan a integrar la práctica totalidad de la plantilla de la nueva empresa, y captación incorrecta de clientela, que se traduce en una disminución de los beneficios por parte de la entidad afectada por tal actuación. La conducta observada es plenamente incardinable en el ilícito competencial de la cláusula general del art. 5º LCD, sin que sea preciso que se haya divulgado ningún **secreto empresarial**, ni sean óbice la libertad de empresa y de trabajo, y así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial.

Las Sentencias citadas en el recurso no apoyan la tesis de la recurrente pues: la de 6 de junio de 1.997 alude a una mera práctica comercial incómoda que no tiene nada que ver con el supuesto de autos; la de 11 de octubre de 1.999 se refiere al cambio de empresa por un empleado, lo que se justifica en la libertad de desarrollar la actividad laboral; en la de 1 de abril de 1.902 el caso era diferente porque aun cuando la nueva sociedad se constituyó unos meses antes, no inició su actuación en el mercado hasta que los codemandados hubieron causado baja en la entidad demandante, además de que en ningún momento se le ocultó a la empresa en que



se trabajaba el nuevo proyecto **empresarial**; y, finalmente, la de 19 de abril de 2.002, no sólo no aporta soporte alguno al recurso, sino bien al contrario mantiene doctrina que fundamenta la condena.

Por el contrario, el abandono de trabajadores de una empresa para constituir o entrar a formar parte de otra, con concierto y captación ilícita de clientela y sucesivo aprovechamiento torticero de la misma se halla sancionada en diversas Sentencias de esta Sala, entre las que cabe citar las de 19 de abril de 2.002, 3 de julio de 2.006, 14 de marzo y 8 de octubre de 2.007 .

Es cierto que el mero trasvase de trabajadores de una empresa a otra, aunque aprovechen en la nueva, experiencia adquirida en la anterior de igual o similar actividad, no es suficiente, por sí solo, para integrar un ilícito competencial (SS. 11 y 29 de octubre de 1.999, 1 de abril de 2.002, 26 de julio de 2.004, 28 de septiembre de 2.005, 14 de marzo y 23 de mayo de 2.007 y 3 de julio de 2.008), siendo necesario al respecto que se produzca un aprovechamiento torticero de la información o de la clientela. En cuanto a la captación de ésta, no hay ilícito cuando se produce tal circunstancia una vez extinguido el vínculo contractual anterior (S. 24 de noviembre de 2.006); y ello es así porque, si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho del empresario a la misma, por lo que cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatar la clientela al competidor. Y ello tiene pleno apoyo constitucional (arts. 35 y 38 CE) en la libre iniciativa económica y libertad de empresa, que caracterizan el sistema de economía de mercado. Pero el mecanismo por el que se arrebatara la clientela del competidor ha de ser correcto, lícito, en definitiva "no desleal"; y hay deslealtad cuando se capta la clientela por medios que distorsionan los buenos usos y prácticas del mercado. En este caso, la sanción de la conducta torticera, bien por aplicación de alguna de las figuras típicas de los artículos 6º a 17 de la Ley de **Competencia Desleal** , bien, no por reducción, sino porque no concurriendo los elementos típicos, sin embargo la conducta es reprobada por la buena fe objetiva que debe presidir las conductas concurrenciales, por la cláusula general ex art. 5º LCD, tiene, en todo, su fundamento en la propia protección del sistema de economía de mercado. En definitiva, se trata de "evitar la puesta en peligro de la existencia o funcionamiento de la competencia".

TERCERO.- La desestimación del único motivo del recurso conlleva la de éste y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas de conformidad con los arts. 487.3, "a contrario sensu", y 398.1 en relación con el 394.1 , todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por J.J. SOFTWARE DE MEDICINA S.L. y STATICON INTERNACIONAL ESPAÑA, S.A. contra la Sentencia dictada por la Sección 9ª Bis de la Audiencia Provincial de Madrid el 22 de abril de 2.004, en el Rollo núm. 337 de 2.003, dimanante de los autos de juicio de menor cuantía número 482 de 1.999 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 40 de Madrid, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas en el recurso. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Juan Antonio Xiol Rios.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Jose Almagro Nosete.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesus Corbal Fernandez, 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.