

Roj: **STS 7599/2006** - ECLI: **ES:TS:2006:7599**Id Cendoj: **28079110012006101273**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/11/2006**Nº de Recurso: **369/2000**Nº de Resolución: **1169/2006**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **VICENTE LUIS MONTES PENADES**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Noviembre de dos mil seis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por la Procuradora D^a Rosina Montes Agusti, en nombre y representación de SILVA Y VILCHES, S.A.L., contra la Sentencia dictada en veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla en el Recurso de Apelación nº 1782/99 dimanante de los autos de Juicio de Menor cuantía nº 903/97 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sevilla. Ha sido parte recurrida CASA MARQUEZ, S.A., representada por a Procuradora D^a Cayetana Zulueta Luchsinger.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- "Casa Márquez, S.A." dedujo demanda contra "Silva y Vilches, S.A.L." ejercitando las acciones declarativa, de cesación y de resarcimiento previstas en los apartados 1º, 2º y 5º del artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **Competencia desleal**. Se opuso la demandada, solicitando la absolución.

SEGUNDO.- Por Sentencia que dictó el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla nº 2, en 8 de febrero de 1999, en Autos del Juicio de Menor Cuantía nº 903/97 -1º, la demanda fue íntegramente desestimada, con expresa imposición de costas a la actora.

TERCERO.- Apeló la parte actora, conociendo de la alzada la Sección Sexta de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla, Rollo 1782/99. Dictó Sentencia en 29 de noviembre de 1999. Estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia de primera instancia y, estimando la demanda, verificó los pronunciamientos que acto seguido se expondrán, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por ellos, y al pago de las costas de primera instancia y sin especial pronunciamiento respecto de las de la apelación:

- a) Declar que D. Federico, D^a Cecilia y D. Jose Miguel, "actualmente pertenecientes a la entidad SILVA Y VILCHES, S.A.L.", prestaron sus servicios laborales para la entidad "Casa Márquez,S.A."
- b) Declar que los actos descritos en la demanda y expresados en esta Sentencia son constitutivos de **competencia desleal** por parte de la entidad demandada hacia la entidad actora.
- c) Declar que procede el cese de la actividad que la empresa demandada efectúa en concurrencia y **competencia desleal** con la entidad actora.
- d) Declar que la entidad demandada adeuda a la actora en concepto de daños y perjuicios la cantidad que por daño emergente y lucro cesante se fije en ejecución de sentencia conforme a las bases establecidas en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Sentencia, con intervención de un solo Perito auditor que determine, conforme a las mismas, datos de autos y datos contables, la cantidad líquida adeudada, y condenar a la demandada al pago.
- e) Firme esta Sentencia, la entidad demandada la publicará en un periódico de Sevilla con notificación a las personas a que afecte.



CUARTO.- Contra la expresada Sentencia ha interpuesto Recurso de Casación la entidad demandada SILVA Y VILCHES, S.A.L. Formula al efecto doce motivos, todos ellos por la vía del ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 . Oportunamente, la recurrida "Casa Márquez, S.A." ha presentado escrito de impugnación.

Se señaló para votación y fallo el día 2 de noviembre de 2006, fecha en la que efectivamente ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. VICENTE LUIS MONTÉS PENADÉS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia centra la cuestión en los conflictos a que se refieren los artículos 11 (actos de imitación), 13 (violación de **secretos**) y 9 (actos de denigración) de la Ley de **Competencia Desleal** , según deduce de la demanda presentada. Pero considera muy escasa la actividad probatoria, no aprecia ilegitimidad en la conducta de D. Federico , ni considera que haya habido explotación ilegítima de los **secretos empresariales** de Casa Márquez, S.A., así como tampoco estima actividad que pudiera ser considerada como denigración. Razones por las que desestima la demanda.

Por el contrario, la Sala de Apelación considera probado que D. Federico ejercía en la empresa actora la función de Director Comercial, ocupando el segundo cargo en importancia y responsabilidad mercantil tras el gerente, en toda la materia del Programa y desarrollo de ofertas de venta, fijación de precios, relación con clientes y consumación de contratos comerciales. En esta situación, se dio de baja voluntaria, no mediando pacto relativo a la no concurrencia, cuando ya tenía programada una empresa mercantil con el mismo objeto comercial que la entidad actora, integrada por D. Juan Pedro (Jefe de Compras de El Corte Inglés), su cuñada doña Silvia (antes también empleada de Casa Márquez) y otros parientes, formando así la S.A.L. a la que se incorporó como cargo directivo. La nueva empresa carecía de fondo de comercio de clientes y utilizó (siempre según la sentencia recurrida) los conocimientos adquiridos como Director Comercial de Casa Márquez relativos a sistema de contratación, ofertas y precios de mercancías y servicios, ampliados con los datos facilitados por otro empleado de la entidad actora, D. Jose Miguel , el cual trasladaba con falsas explicaciones a clientes de su principal (la empresa actora) a las dependencias de la S.A.L. dirigida por el Sr. Federico , y con estas actividades comerciales irregulares, sancionadas por la LCD, procuraban captar importantes clientes de la entidad actora mediante oferta de mejores servicios y precios inferiores, lo que produjo, con la manifiesta infracción del deber de fidelidad **empresarial**, la concurrencia desleal, el desprestigio y el perjuicio económico de la entidad actora.

La Sala recuerda el deber de los empleados de observar, con el principio de la confianza, el imperativo **secreto**, reserva y discreción, con la fidelidad a las directrices, sistemas, programas de trabajo y con la prohibición de utilizar los medios de producción o captar clientes de la empresa con artes fraudulentas en beneficio y lucro particular.

La Sala de instancia enfatiza la captación irregular de clientes de Casa Márquez, empleando ofertas tentadoras y " precios inferiores que pueden quedar fuera de concurso por baja temeraria", con infracción de la oferta correcta según regula el artículo 8º.2 LCD.

Se refiere más adelante a la "irregular conducta mercantil de los Sres. Federico y Jose Miguel , en cuanto a las ofertas a la baja, los precios contrarios al sistema normal de mercado, no de la libre competencia, también de los actos de desprestigio atribuibles, en suma, a la entidad demandada".

Considera la Sala de Instancia que se han producido daños y que ha lugar al resarcimiento que otorga el artículo 18.5º LCD , lo que se fijará en ejecución de Sentencia.

También pone énfasis en la conducta irregular mercantil, sancionada por la LCD, que consiste en la baja laboral de empleado de una empresa y la creación de otra con la clientela que habían captado antes, que pertenecía en las relaciones comerciales a la empresa donde trabajaban, "situación que vulnera objetivamente las exigencias de la buena fe"

Se trata, además, de acto de denigración, por el empleo de medios ilegales que obstaculizan la contratación. "En definitiva (STS 20 marzo de 1996) el artículo 5 LCD sanciona como **competencia desleal** todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe". Y estima aplicables al caso los artículos 11,12, 13, y 14 LCD.

Con ánimo de centrar la cuestión que se ha suscitado, cabría resumir la posición de la instancia del siguiente modo :

1.- El Sr. Federico , que era Director Comercial en "Casa Márquez", pero no estaba ligado por ningún pacto de no concurrencia, procedió a darse de baja voluntaria cuando ya tenía programada una empresa mercantil, con la participación del Sr. Juan Pedro , de su cuñada (antes también empleada en Casa Márquez) y otros parientes.

2.- Esta nueva empresa tiene el mismo objeto comercial que la empresa en la que venía trabajando, carecía, en principio, de fondo de comercio de clientes, "incluso de expectativas" (sic) y, con la finalidad de introducirla en el mercado, utilizó (el Sr. Federico) los conocimientos adquiridos como Director Comercial de la 0 Márquez, relativos a sistemas de contratación, ofertas, precios de mercancías y servicios, ampliados con los datos facilitados por otro empleado de Casa Márquez (Sr. Jose Miguel) el cual, estando en activo, trasladaba con falsas explicaciones a clientes de su principal a las dependencias de la nueva empresa, "invitándoles a cenar", de modo que procuraban captar importantes clientes de la entidad actora mediante oferta de mejores servicios y precios inferiores. (FJ 2º)

3.- Más adelante, insiste en la idea de haberse realizado una captación irregular de clientes de Casa Márquez, empleando ofertas tentadoras y "precios inferiores que pueden quedar fuera de concurso por baja temeraria", con infracción del artículo 8.2 LCD . Se remarca más adelante que se han producido ofertas a la baja, precios "contrarios al sistema normal de mercado, no de la libre competencia" (sic) y se habla de "actos de desprestigio atribuibles a la entidad demandada". (FJ 3º)

4.- La "conducta irregular mercantil" vuelve a ser descrita en el FJ 5º, del siguiente modo :

".. La baja laboral de empleados de una empresa y la creación de otra con la clientela que habían captado antes, que pertenecía en las relaciones laborales a la empresa en la que trabajaban, situación que vulnera objetivamente las exigencias de la buena fe, pero les garantizaba crear un fondo de comercio y una inicial actividad comercial, pues disponiendo de documentación y datos de la empresa perjudicada alteraba los límites de la libre y correcta competencia y al no constar el pacto de no concurrencia, se creían en absoluta libertad de organizar la propia empresa con clientes ajenos; doctrina que califica, además, a la finalidad concurrencial del acto de denigración, como el empleo de medios ilegales que obstaculizan la contratación, advertido que la denigración es un medio apto para determinar cambios en la preferencia de la oferta y la demanda, y con influencia en el proceso concurrencial..."

SEGUNDO.- Por la vía del ordinal 4º del artículo 1692 LEC , se denuncia:

(a)En el Motivo Primero, la infracción del artículo 38 de la Constitución , en cuanto reconoce el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, lo que supone que nuestro sistema (Exposición de Motivos de la Ley 3/1991, de 10 de enero) gravita sobre el principio de libertad de competencia.

(b)En el Motivo segundo, la infracción de la jurisprudencia que interpreta los principios de libertad de empresa y de competencia consagrada en el art. 38 CE.

(c)En el Motivo Tercero, la infracción del artículo 35.1 CE , en cuanto reconoce el principio de libre elección de profesión u oficio. .

(d)En el Motivo Cuarto la infracción " de la jurisprudencia que interpreta el principio de libre elección de profesión u oficio consagrado en el artículo 35.1 CE"

(e)En el Motivo Noveno, la aplicación indebida del artículo 5 LCD . Enumera los hechos que han sido calificados como contrarios a la buena fe y que, a juicio de la recurrente, no lo son, además de señalar que la Sentencia incardina en el artículo 5 LCD todos los hechos probados.

Señala la recurrente, en el Motivo Primero, con referencia también el Motivo Noveno, que de las expresiones de la Sentencia recurrida parece desprenderse que estima que la entidad actora tiene un derecho de exclusividad sobre sus clientes, y ello atentaría al más elemental principio de libertad de competencia, pero sobre todo incide en la realización de oferta a precios más bajos, una de las prácticas que la sentencia recurrida considera constitutivas de **competencia desleal**, a cuyo efecto recuerda la sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991 en el caso "Akzo" fijando como precios abusivos aquellos que sean inferiores a la media de los costes totales, que comprenden costes fijos y variables "cuando se fijan en el marco de un plan que tenga por objeto la eliminación de un competidor", y destaca que, a tenor del artículo 17.1 LCD la fijación de precios es libre, salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos.

Los motivos han de ser examinados en conjunto pues se presentan con alto grado de conexión entre sí.

El examen debe iniciarse en el Motivo Noveno, que da sentido a lo manifestado en los cuatro primeros, y en especial a las infracciones que se denuncian de los artículos 38 y 35.1 de la Constitución . En el indicado Motivo Noveno, en efecto, denuncia la recurrente la infracción, por aplicación indebida, del artículo 5º de la Ley de **Competencia Desleal** , que la Sala estima de aplicación al señalar que la conducta descrita vulnera



objetivamente las exigencias de la buena fe, en relación con lo dispuesto en el artículo 7.1 CC y con aplicación, además, de los artículos 11, 12, 13 y 14 LCD . Tal comportamiento, según ha quedado descrito, consiste en la captación de clientes que se dice "perteneían en las relaciones comerciales a la empresa en la que prestaban trabajo" los captadores (lo que sería inducción a la terminación regular de un contrato, artículo 14 LCD), con cuya clientela, captada antes, crean una empresa nueva, disponiendo de documentación y datos de la empresa perjudicada (violación de **secretos**, artículo 13 LCD), mediante manifestaciones que implican actos de desprestigio (denigración, artículo 9 , que no cita la Sentencia recurrida), en tanto que se citan los artículos 11 y 12 pero no se describen comportamientos que puedan ser considerados actos de imitación (artículo 11) o explotación de la reputación ajena (artículo 12), pues, como acertadamente señala la recurrente, todo ello se subsume en el artículo 5º LCD como una conducta mercantil irregular contraria a la buena fe en sentido objetivo.

Ahora bien, la cláusula general del artículo 5º LCD no formula un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, en las que van a ser tipificados los actos o comportamientos de **competencia desleal** en particular, sino que establece lo que la doctrina ha identificado como "una norma jurídica en sentido técnico", esto es, "una norma completa de la que se derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como sucede con el artículo 7.1 del Código civil". De este modo, cabe concluir que la cláusula general 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. Por tanto, 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. Y así, la comprobación de que la conducta enjuiciada se corresponde por entero con la tipificada en particular, como ha dicho la doctrina, "exime de examinarla a la luz de la cláusula general, esto es, impide que pueda considerarse asimismo contraria a la cláusula general". Consecuencia de todo ello es que el recurso al artículo 5 LCD obliga a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta. Y en ese sentido forzoso es, como hacen entre otras las Sentencias de esta Sala de 6 de junio de 1997 y 11 de octubre de 1999 , partir de los principios constitucionales de libertad de empresa (artículo 38 CE) y de derecho al trabajo (artículo 35 CE), pues el artículo 5 LCD establece un límite jurídico al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica en el mercado, esto es, un derecho de acceso al ámbito de desarrollo de la iniciativa económica privada sobre producción e intercambio de bienes y/o servicios, al ámbito de desarrollo de actividad productiva por cuenta ajena o propia, en concurrencia con otros, derecho que no puede ejercitarse a través de determinados comportamientos, esto es, se trata de conseguir que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia y no "mediante la realización de comportamientos que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado, o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado". A partir de esta idea de principio, se ha de concretar el contenido normativo de la cláusula general, en primer lugar, a través de los principios acogidos en las normas que tipifican supuestos de hecho como actos de **competencia desleal**. Y así hay que descartar el ejercicio de los derechos fundamentales indicados mediante conductas que frustran o dificultan la libre formación de preferencias o restan transparencia en el mercado (arts. 9 y 10 LCD , entre otra,), o en concreto constituyen técnicas de presión sobre el consumidor (arts. 8.1 y 9 LCD , por ejemplo), con el expolio o aprovechamiento del esfuerzo ajeno y de sus resultados (artículos 11.2,13 y 14.2 LCD), con obstaculización, o uso de la fuerza de mercado, o predación. Sin perjuicio de todo ello, a continuación hay que tener en cuenta los imperativos éticos de orden general, esto es, la buena fe en sentido objetivo (Sentencias de 20 de marzo de 1996, 15 de abril de 1998, 16 de junio de 2000, 19 de abril de 2002) como una "exigencia ética significada por los valores de la honradez, la lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena". Pero esta atención a los límites éticos de carácter general ha de entenderse subordinada a las exigencias directamente derivadas del principio de competencia económica, pues no debe reprimirse con el mero apoyo de límites éticos una conducta "que se revele concurrencialmente eficiente, que promueva las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado". En esta apreciación es imprescindible atender al principio de protección que los derechos constitucionales antes señalados exigen, pues en cuanto hay que aceptar que estemos dentro del ámbito de vigencia y protección de los derechos de libertad de empresa y prestación de trabajo han de descartarse consideraciones de orden ético.

La libertad de empresa es un derecho fundamental, reconocido en el artículo 38 CE (y en el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000) que está comprendido en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, y por tanto goza del nivel de protección señalado en el artículo 53.1 CE, pero tiene rango constitucional y puede ser invocado en cualquier proceso, pues todos los derechos del Capítulo II vinculan de modo inmediato a todos los poderes públicos, como consecuencia del carácter normativo, y no meramente programático, de la Constitución, y pueden desplegar efectos sin



necesidad de intermediación legislativa. La formulación del derecho invocado opera principalmente frente al legislador, ya que se trata de declarar - con efectos vinculantes para los poderes públicos - que la iniciativa económica privada es elemento esencial de una economía de mercado como la establecida en España, y por tanto que las actividades de producción e intercambio de bienes o servicios están constitucionalmente abiertas a los particulares (españoles, personas físicas o jurídicas). Se trata de lo que se ha llamado "derecho fundamental de acceso a un ámbito", que no se proyecta sobre la regulación de ese ámbito en una forma determinada, sino que se concreta en la posibilidad de acceder y permanecer en el mercado, o de iniciar y desarrollar actividades de producción y/o intercambio, siempre que se respeten las condiciones establecidas por las leyes. Es el legislador, pues, quien ha de establecer la regulación interna, con el límite o tope de que no puede ser arbitraria o desproporcionada (Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1981, 225/1983, etc), razón por la cual ha considerado la jurisprudencia constitucional que las normas tendentes a la defensa de la libre competencia son plenamente compatibles con el artículo 38 CE (SSTC 88/1986, 225/1993 y 208/1999 , etc.).

Dado el objeto del proceso, no es apreciable que la Sala de Instancia, al aplicar (de modo correcto o incorrecto) la Ley de Defensa de la Competencia pueda incurrir en infracción del artículo 38 CE, salvo que ha de ser tenido en cuenta como criterio hermenéutico, además de ser considerado en su vigencia directa, y sólo en ese sentido podría ser utilizado para demostrar, en relación con uno de los preceptos aplicados, la equivocación eventualmente sufrida por el juzgador. De modo que hay que remitir al estudio de las concretas normas aplicadas la cuestión respecto del respeto o vulneración del precepto constitucional que se invoca.

También en el caso del derecho al trabajo del artículo 35 CE nos encontramos con un derecho fundamental (alguna vez denominado "derecho constitucional ", STC 166/1993 , pero sin establecer diferencias de fondo) de los que antes hemos denominado "de acceso a un ámbito", lo que no predetermina cómo ha de estar regulado ese ámbito. El derecho de que se trata, reconocido también en el artículo 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, comprende la libertad de trabajar y la libertad de elegir profesión u oficio, e incluye tanto el trabajo por cuenta ajena como el trabajo autónomo, pero el legislador, a quien fundamentalmente se dirige el mandato constitucional, puede establecer determinadas condiciones, como lo ha hecho a través de la Ley de **Competencia Desleal**, y el tema se circunscribe a decidir si en la aplicación de la legislación ordinaria a través de la cual se ha regulado el ejercicio del derecho, se ha incidido en interpretación o en vulneración de la norma constitucional en cuanto regulación directa o en cuanto pauta o parámetro de interpretación, lo que, dado el objeto del proceso, es más aproximado.

Desde esta perspectiva, la constitución de una entidad mercantil (la Sociedad Anónima Laboral), la captación de clientela, que no puede haberse producido con anterioridad puesto que la misma sentencia señala que cuando se inician las actividades de la SAL carece de cartera de clientes, el hecho de haber utilizado los conocimientos adquiridos desde el puesto de Director Comercial, la política de precios descrita, y los comportamientos que se señalan en la Sentencia no pueden ser subsumidos en la cláusula general del artículo 5º LCD , y desde este punto de vista, sin perjuicio de lo que quepa concluir del examen de cada una de las conductas tipificadas en relación con la respectiva norma de tipificación, la aplicación del artículo 5º LCD solo podría basarse en los límites éticos generales, que se reconducen a los buenos usos y prácticas mercantiles, pero que no afectan a la estructura competitiva ni al normal funcionamiento del mercado, lo que no es suficiente para considerar que se ha producido una **competencia desleal**, y habrá de estarse, en su caso, a las conductas tipificadas en concreto.

La captación de clientela mediante la inducción a la terminación regular de un contrato es una conducta concurrencialmente lícita, salvo que los medios empleados revelen confusión, engaño, denigración, comparación, imitación, aprovechamiento de fama ajena, explotación de **secretos**. Sólo se alude en la Sentencia recurrida a los actos de denigración (que carecen de prueba, al menos en punto a su carácter inexacto, falso o impertinente, como se verá en el FJ Quinto) y a la oferta de precios bajos, sin ulterior precisión. Pero la oferta de precios más bajos, por sí misma, carece de entidad para dar relevancia a la conducta a efectos de concurrencia desleal (artículo 17 LCD) a menos que se den las condiciones del artículo 17.2 LCD , incluso si se trata de una venta a pérdidas, que también es en principio lícita.

El motivo Noveno, apoyado por los motivos Primero a Cuarto, ha de prosperar.

TERCERO.- En el Motivo Quinto, por la vía del ordinal 4º del artículo 1962 LEC 1881 , denuncia la recurrente error de derecho en la apreciación de la prueba, al infringirse el artículo 1281.1 del Código Civil . Pone énfasis la recurrente en la falta de concreción en los hechos probados respecto del comportamiento del Sr. Jose Miguel . La interpretación se referiría (página 14) al informe del detective privado aportado en prueba.

El motivo se desestima.



Parece confundir la recurrente un tema de interpretación contractual con un problema de índole probatoria, que esta Sala tiene separados (Sentencias de 10 de junio, 11,25 y 27 de octubre de 2004, 22 de abril de 2005) porque mientras la apreciación probatoria atiende a la fijación de hechos, la hermenéutica incide en la tarea de indagación y alcance jurídico de los mismos (Sentencias de 2 de abril de 2002, 12 de marzo de 2003, 2 de abril y 30 de septiembre de 2004, etc.). Lo que la recurrente está planteando aquí es un tema de carencia o insuficiencia de prueba, que tiene otro camino, bien como error de derecho en la apreciación de la prueba, bien a través de la existencia, en su caso, de error patente, irrazonabilidad o arbitrariedad en la apreciación. No se trata, pues, del canon de respeto a la literalidad del documento del artículo 1281 CC, sino de la susceptibilidad del informe aportado (informe de detective privado, adverbado en autos) para probar determinados hechos, así como de la indeterminación y vaguedad de los descritos para ser subsumidos en los previstos en la LCD.

CUARTO.- En el Motivo Sexto, al amparo del nº 4 del artículo 1692 LEC 1881 denuncia la recurrente error de derecho en la apreciación de la prueba al infringirse el artículo 1248 CC en relación con el artículo 659 LEC y el artículo 32.2 de la Ley de Contratos del estado. Se conculcan, dice el recurso, las reglas de la sana crítica.

El motivo se desestima.

En primer lugar, la invocación del precepto señalado de la Ley de Contratos del Estado no guarda relación con lo debatido. En segundo lugar, ni el artículo 1248 CC ni el artículo 659 LEC pueden dar lugar, por su contenido a la conculcación del precepto de valoración de prueba, ya que atribuyen la apreciación discrecional de la testifical por el Juzgador de instancia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (Sentencias de 8 de diciembre de 1981, 11 de febrero y 7 de julio de 1982, 31 de octubre de 1983, seguidas después por muchas otras). Las reglas de la sana crítica no son más que las de la lógica, y su apreciación no es revisable en casación, salvo en los excepcionales supuestos en que, por hallarse vedado el error notorio, la arbitrariedad o la irracionalidad, cabe un control impuesto por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que esta Sala viene admitiendo con carácter excepcional (Sentencias de 18 de diciembre de 2001, 8 de febrero de 2002, 21 de febrero y 13 de diciembre de 2003, etc.).

QUINTO.- En el Motivo Séptimo, por la vía del ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba al infringirse el artículo 1248 CC en relación con el artículo 659 LEC, 1214 y 26.1 LCD. Pone de relieve la recurrente que la prueba de la denigración se basa en la declaración de un sólo testigo empleado de la actora, y además "de referencia". Por otra parte destaca la recurrente que la Sentencia recurrida señala que hubiera sido muy positivo el cumplimiento de la prueba regulada por el art. 26 LCD.

El motivo debe ser estimado. No por razón de la apreciación de la prueba testifical, sobre lo que, como se ha dicho, no cabe en principio la revisión casacional, a no presentarse un supuesto de error patente, irrazonabilidad o arbitrariedad, sino porque, en este punto, la decisión se basa en la apreciación de haberse producido actos de denigración, en el sentido del artículo 9 de la Ley de **Competencia Desleal**. Actos que se estiman probados por la deposición de un único testigo, que era empleado de la actora, y que se refiere de modo vago a que "conoce por los clientes afectados los comentarios que realizan los directivos de la entidad demandada, de que la oferta de ésta es mejor que la de Casa Márquez, que ofrece peor servicio al tardar más y ofrecer peores productos". Tales comentarios, si es que son susceptibles de constituir actos de denigración, considerándolas "aptos para menoscabar su crédito en el mercado", solo pueden consideradas como conducta relevante a los efectos de **competencia desleal** si son "inexactas, falsas e impertinentes" (artículo 9.I, inciso final LCD), a cuyo efecto el artículo 26 LCD previene que el Juez pueda requerir de oficio al demandado para que aporte las pruebas relativas a la exactitud o veracidad y, cuando dicha prueba no sea aportada, el juez podrá estimar que las indicaciones o manifestaciones son inexactas o falsas. Pero en este caso no se ha llevado a efecto tal requerimiento, y en consecuencia no puede decirse que se haya desplazado la carga de la prueba hacia el demandado, que niega la existencia misma de las manifestaciones, de modo que se hace recaer, con infracción del principio de carga de la prueba y vulneración del artículo 1214 CC, sobre una parte las consecuencias de la falta de la prueba que incumbía a la otra parte (Sentencias de 2 de marzo y 21 de octubre de 1994, 1 de febrero y 22 de mayo de 1995, etc.)

SEXTO.- En el Motivo Octavo, al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 denuncia la recurrente la infracción " de la jurisprudencia y/o doctrina constitucional acerca de la eficacia y validez de los testigos de referencia".

El motivo se desestima.

La "prueba de referencia", y en especial el testimonio de referencia, en la doctrina constitucional que invoca la recurrente, sería una prueba indirecta en la que el medio de prueba empleado no se trae a juicio, sino que da cuenta de que el hecho quedó acreditado mediante otra prueba (directa), como puede ocurrir en las diligencias sumariales en el campo del proceso penal, donde tiene arraigo la doctrina que se examina. Según jurisprudencia constitucional constante, que se remonta a la STC 31/1981, la eficacia de este tipo de prueba



tiene carácter excepcional, en cuanto que se encuentra subordinada al requisito de que su utilización en el proceso resulte inevitable y necesaria, esto es en defecto de un testigo directo o cuando se haya producido una "prueba sumarial anticipada, esto es, con plenas garantías de contradicción entre las partes" (STC 97/1999), pues se adopta en la jurisprudencia constitucional (SSTC 79/1994, también 303/1993, 217/1989, 7/1997, entre otras,) una posición cercana a la del TEDH (casos Delta vs. Francia, 9 de diciembre de 1990 y Asch vs. Austria, 21 de abril de 1991) admitiendo el testigo de referencia cuando la ausencia de éste está justificada. La razón de todo ello se encuentra en el especial rigor con el que se ha de aplicar el principio de que las pruebas no sean admisibles si no son reproducidas y confirmadas en juicio, pues así lo exige el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), derivado del principio acusatorio que rige en materia penal en el Estado de Derecho, una de cuyas proyecciones consiste en trasladar al acusador la carga de la prueba.

Pero no estamos en este ámbito del proceso penal, ni de la presunción de inocencia, ni ante un verdadero testigo de referencia: el testimonio se ha prestado en el propio juicio, y con arreglo a los principios de contradicción. Sólo que el testigo no ha oído directamente las manifestaciones supuestamente denigratorias, sino que su razón de ciencia se basa en haberlo oído decir a los clientes.

SÉPTIMO.- En el Motivo Décimo, por la vía del ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 denuncia la recurrente la aplicación indebida del artículo 11 LCD en relación con el principio consagrado en el artículo 24 .1 CE . No concreta la Sentencia - dice el motivo - el apartado específico del precepto que considera infringido, y por ello genera indefensión.

El Motivo se ha de estimar. No sólo porque, en efecto, genera indefensión ante la mera invocación del precepto sin haber descrito ni identificado la conducta concreta que sería calificable como **competencia desleal**, con evidente falta de motivación (artículos 24.1 CE y 359 LEC 1881), sino también porque ninguna de las conductas descritas puede ser subsumida como actuación relevante en el artículo 11 LCD.

OCTAVO.- En el Motivo Undécimo, por el cauce del ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 12 LCD , en relación con el principio de la tutela judicial efectiva del artículo 24. 1 CE , que proscribía la indefensión.

El motivo se ha de estimar por las razones expuestas en el Fundamento Jurídico anterior. Se produce la mera invocación del precepto, pero ninguna de las conductas descritas puede encajarse en la previsión del artículo 12 LCD como "explotación de la reputación ajena". Hay, además, falta de motivación y de este modo la alusión al artículo a que nos referimos cae sobre el vacío.

NOVENO.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 denuncia la recurrente, en el Motivo Duodécimo, la infracción por aplicación indebida del artículo 13 LCD . No constituyen " **Secreto empresarial**", sostiene el recurrente, ni el listado de clientes ni los precios que se aplican.

El motivo ha de ser estimado, por cuanto no pueden ser objeto de **secreto empresarial** aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesionales de carácter general de un sujeto, ni tampoco el conocimiento y relaciones que pueda tener con la clientela, aún cuando dichas habilidades o capacidades se hayan adquirido en el desempeño de un puesto determinado o de unas concretas funciones desarrolladas para un determinado empleador. Es lo que ha ocurrido en el caso. No consta que se hayan utilizado otros elementos que los obtenidos a través de la propia experiencia de quienes, habiendo sido empleados de la actora, ejercen después esas mismas funciones para la sociedad demandada.

DÉCIMO.- La estimación de alguno de los motivos del Recurso, introducidos por el ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881), conduce a la del recurso, debiendo la Sala resolver las cuestiones planteadas de acuerdo con lo que resulta del debate (art. 1715.1.3º LEC 1881 , con los pronunciamientos sobre costas de acuerdo con los principios generales en la instancia (1715.2 y 710 LEC) y , en cuanto a las del presente recurso, debiendo satisfacer cada una de las partes las causadas a su instancia, y las comunes por mitad.

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

FALLAMOS

HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la Procuradora Dª Rosina Montes Agusti, en nombre y representación de Juan Pedro Y Federico , contra la Sentencia dictada en veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla (Rollo 1782/99), que casamos y anulamos, dictando en su lugar otra con arreglo a los siguientes PRONUNCIAMIENTOS:

1.- Se desestima el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador D. Víctor Alcántara Martínez en nombre y representación de "CASA MÁRQUEZ, S. A." contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia



de Sevilla nº 2, en 8 de febrero de 1999 , en los Autos de Juicio de Menor Cuantía nº 903/97 , cuya sentencia se confirma en todos sus pronunciamientos

2.- Se imponen a la recurrente los costas del Recurso de Apelación .

3.- En cuanto a las del Recurso de Casación, cada parte satisfará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jesús Corbal Fernández.- Vicente Luis Montés Penadés.-Alfonso Villagómez Rodil.-Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Vicente Luis Montés Penadés, 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.

FONDO DOCUMENTAL CEND