



Roj: **STS 1324/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:1324**

Id Cendoj: **28079110012012100118**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2012**

Nº de Recurso: **2121/2008**

Nº de Resolución: **48/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Febrero de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil demandante CONSULTING FORMAPLAN S.L., representada ante esta Sala por la procuradora D^a María del Valle Gili Ruiz, contra la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2008 por la Sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación nº 773/07 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 327/06 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, sobre **competencia desleal**. Han sido parte recurrida ante esta Sala los demandados ALBEA TRANSENERGY S.L., D^a Cecilia y D. Horacio, representados por la procuradora D^a África Martín-Rico Sainz, y no han comparecido los codemandados D^a Leticia, D. Maximo y D. Sabino.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 20 de abril de 2006 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil CONSULTING FORMAPLAN S.L. contra la compañía mercantil ALBEA TRANSENERGY S.L. y contra D^a Cecilia, D. Horacio, D^a Leticia, D. Maximo y D. Sabino solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1.- Declare que la conducta de los demandados es constitutiva de un acto de **competencia desleal** y condene a los demandados a estar y pasar por dicha declaración.

2.- Condene a los demandados a indemnizar de forma solidaria a CONSULTING FORMAPLAN, S.L. en las cantidades de: 74.567,25 Euros en concepto de daño emergente; 88.755,20 Euros en concepto de perjuicio; y en 150.000 Euros en concepto de daño moral.

3º.- Condene a los demandados a la publicación en extracto de la sentencia condenatoria, al menos, en un periódico de ámbito estatal y de gran tirada, siendo a su cargo los correspondientes costes.

4º.- Se condene a los demandados, con carácter solidario, al pago de las costas, por su temeridad y mala fe, cuya expresa declaración asimismo solicitamos."

SEGUNDO.- Turnada la demanda al Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, dando lugar a las actuaciones nº 327/06 de juicio ordinario, y emplazados los demandados, éstos comparecieron y contestaron a la demanda. Por un lado lo hicieron conjuntamente D^a Leticia, D. Sabino y D. Maximo, y por otro, también conjuntamente, D^a Cecilia, D. Horacio y la compañía mercantil ALBEA TRANSENERGY S.L. en ambos casos para solicitar la desestimación de todas las pretensiones formuladas en su contra, con expresa imposición de costas a la parte demandante por su temeridad y mala fe manifiestas.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado- juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 2 de abril de 2007 con el siguiente fallo: "Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de la entidad mercantil CONSULTING FORMAPLAN S.L. se condena a 1) La entidad mercantil ALBEA TRANSENERGY S.L.; 2) Cecilia; 3) don Horacio; 4) doña Leticia; 5) don Maximo; y 6) don Sabino declarando que la conducta de los demandados es constitutiva de un acto de **competencia desleal**



consistentes en la coincidencia de voluntades de la Sra. Cecilia , con los Sres. Maximo Sabino y Leticia de abandonar CONSULTING FORMAPLAN S.L. de modo coordinado, la coincidencia de voluntades para que antes de abandonar la empresa actora relanzar el proyecto de ALBEA TRANSENERGY S.L., como impulsora o titular de proyectos que en realidad eran de CONSULTING FORMAPLAN S.L., la voluntad de perjudicar al Sr. Vicente y a su compañía aprovechando sus desplazamientos a Madrid y su situación personal, el contacto con clientes o posibles clientes de CONSULTING FORMAPLAN S.L. antes de abril de 2005 vinculados al proyecto de ALBEA. Por ello se condena a los demandados a estar y pasar por dicha declaración. Condenando a los demandados a indemnizar de forma solidaria a la mercantil CONSULTING FORMAPLAN S.L. en las cantidades de 74.567'25 euros en concepto de daño emergente y 30.000 euros en concepto de daño moral. Cada parte hará frente a sus costas y las comunes por mitad".

CUARTO.- Interpuestos contra dicha sentencia por demandante y demandados, todos estos conjuntamente, sendos recursos de apelación, que se tramitaron con el nº 737/07 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona , esta dictó sentencia el 23 de septiembre de 2008 con el siguiente fallo: "ESTIMAR parcialmente los recursos interpuestos por las respectivas representaciones de ambas partes contra la sentencia del Juzgado mercantil nº 3 de Barcelona, de 2 de abril de 2007 , cuyo fallo consta transcrito en el hecho primero, que modificamos en el siguiente sentido:

DECLARAMOS que los demandados, Cecilia , Sabino , Leticia , Maximo , mientras trabajaban para la actora, y en concierto de voluntades con ALBEA TRANSENERGY, S.L. y su administrador Horacio , han desarrollado una conducta de **competencia desleal**, contraria a la buena fe exigida por el art. 5 LCD , al aprovecharse de los medios y conocimientos comerciales de la actora para, mientras trabajaban para ella, dirigirse a un posible cliente de la actora (Coperfil) con la intención de captarlo para la nueva empresa, ALBEA TRANSENERGY S.L.

CONDENAMOS a todos demandados (Cecilia , Sabino , Leticia , Maximo , ALBEA TRANSENERGY, S.L. y Horacio) a pagar solidariamente a la actora la suma de 28.710,97 euros, en conceptos de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la conducta **desleal** realizada.

Y ABSOLVEMOS a los demandados del resto de las pretensiones contra ellos ejercitadas en la demanda.

Todo ello sin que proceda hacer expresa condena en costas ni en primera instancia ni en esta alzada."

QUINTO.- Anunciados por la parte demandante recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación, el tribunal sentenciador los tuvo por preparados y, a continuación, dicha parte los interpuso ante el propio tribunal.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes mencionadas como tales en el encabezamiento, por auto de 27 de abril de 2010, aclarado por otro de 22 de junio siguiente que al propio tiempo desestimó un incidente de nulidad de actuaciones promovido por la parte actora-recurrente, se acordó no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir el de casación al amparo del art. 477.2-3º LEC .

SÉPTIMO.- El recurso de casación se articula en cuatro apartados: el primero por infracción de los arts. 12 y 5 de la Ley de **Competencia Desleal** según se interpretan por la doctrina jurisprudencial; el segundo por indebida aplicación del principio de libre imitación (art. 11.1 de dicha ley), según se interpreta por la doctrina jurisprudencial, y particularmente de las excepciones contenidas en el apdo. 2 del propio artículo 11; el tercero por infracción del art. 13 de la misma ley , según la doctrina jurisprudencial sobre el secreto empresarial; y el cuarto por "deficiente comprensión o conceptualización jurídica del supuesto de hecho en cuanto al carácter concurrencial de la actividad desarrollada por los demandados y el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley de **Competencia Desleal**, y su plena compatibilidad con otras acciones de tipo contractual".

OCTAVO.- Por providencia de 7 de noviembre de 2011 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 25 de enero de 2010, en que ha tenido lugar

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente recurso de casación por interés casacional, único a examinar en este acto ya que el extraordinario por infracción procesal interpuesto conjuntamente no fue admitido en su momento por esta Sala, se interpone por la parte demandante, la compañía mercantil Consulting Formaplan S.L. (en adelante *Formaplan*) , contra la sentencia de apelación que, estimando en parte la demanda como había hecho la de primera instancia, y manteniendo por tanto que los demandados habían incurrido en **competencia desleal**, rebajó sin embargo el importe de la indemnización acordado por la sentencia de primera instancia, 104.567'25



euros en total (de los que 74.567'25 euros correspondían a daño emergente y 30.000 euros a daño moral), a 28.710'97 euros por todos los daños y perjuicios causados.

Las conductas descritas en la demanda como encuadrables en varios preceptos de la Ley 3/1991, de 10 de enero de **Competencia Desleal** (en adelante LCD), según su redacción anterior a la modificación llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, consistían, a grandes rasgos, en el abandono de la empresa de la sociedad demandante, concertado mientras trabajaban para ella entre las cinco personas naturales demandadas, para pasar a integrarse en la compañía mercantil codemandada, Albea Transenergy S.L. (en adelante *Albea*), a fin de competir en el mercado con *Formaplan* dedicándose a la misma actividad (en esencia, estudios y proyectos para mejorar el tráfico de vehículos en las ciudades) pero aprovechándose de los conocimientos adquiridos mientras trabajaban para *Formaplan* y presentando como proyectos de *Albea* los que lo eran de *Formaplan*.

La sentencia de primera instancia, con base en unos determinados hechos que declaraba probados y que, según se deducía de su motivación, consideraba encuadrables en el art. 5 LCD, declaró que la conducta de todos los demandados era constitutiva de un acto de **competencia desleal** consistente en la coincidencia de voluntades para, antes de abandonar *Formaplan*, relanzar el proyecto de *Albea* como impulsora o titular de proyectos que en realidad eran de *Formaplan*; la voluntad de perjudicar tanto a *Formaplan* como a su fundador y accionista principal aprovechando los viajes de este y su situación personal; y el contacto con clientes o posibles clientes de *Formaplan* vinculados al proyecto de *Albea*.

Recurrida la sentencia en apelación tanto por la demandante *Formaplan* como, conjuntamente, por todos los demandados, el tribunal de segunda instancia, valorando de nuevo la prueba practicada, mantuvo la condena de todos los demandados por **competencia desleal**, con base ya expresamente en el art. 5 LCD, al considerar como única conducta encuadrable en dicha ley el "aprovecharse de los medios y conocimientos comerciales de la actora para, mientras trabajaban en ella, dirigirse a un posible cliente de la actora Coperfil con la intención de captarlo para la nueva empresa, ALBEA TRANSENERGY S.L."

Fundamentos de este fallo son, en esencia, los siguientes: 1) A principios de abril de 2005 la demandada Sra. Cecilia desarrollaba funciones de gerente en *Formaplan* mediante un contrato mercantil de prestación de servicios que facturaba por medio de la compañía codemandada *Albea*, constituida en 2002 por la Sra. Cecilia junto con su marido, el codemandado D. Horacio, siendo ella la administradora y estando el Sr. Horacio apoderado; 2) en el mismo mes de abril de 2005 los demás codemandados, D^a Leticia, D. Maximo y D. Sabino, prestaban servicios en la oficina de *Formaplan* en Terrasa, el Sr. Maximo mediante contrato laboral; 3) aunque D. Vicente, administrador de *Formaplan*, dirigía la empresa, correspondiéndole la última supervisión, la gerencia y coordinación de algunos de los proyectos las llevaba la Sra. Cecilia; 4) en abril de 2005 *Formaplan* tenía en marcha tres proyectos con el Ayuntamiento de Terrasa, denominados LED'S, SUNRISE y AGATA, que formalmente habían sido adjudicados a la entidad ALBEA TRANSENERGY S.L., quien a su vez se los subcontractaba a CONSULTING FORMAPLAN; 5) tanto la Sra. Cecilia como el Sr. Sabino y la Sra. Leticia tenían intención de abandonar *Formaplan* "para trabajar juntos dentro de una estructura empresarial titularidad de ALBEA", habiéndose probado, mediante distintos correos electrónicos, que "desde hace tiempo estaban preparando salir de la empresa para trabajar juntos", así como "el sigilo o conducta engañosa que frente a los demás de la empresa desarrollaban"; 6) también se había probado, mediante otro correo electrónico y el interrogatorio del demandado Sr. Sabino, que este, tras encargarle el Sr. Vicente que elaborara una propuesta a la empresa Coperfil para adjudicarse un proyecto, se dirigió a Coperfil presentando a *Albea* como una empresa que contaba en su equipo de trabajo con los codemandados Sr. Horacio, Sra. Cecilia, Sr. Sabino, Sra. Leticia y Sr. Maximo y adjuntando sus respectivos currículum en los que figuraban como experiencia profesional proyectos realizados en *Formaplan*, de modo que así se daban a conocer a una empresa (Coperfil) que ya había contactado con *Formaplan* para, en lugar de esta, ser ellos quienes consiguieran el proyecto, ya que "la estrategia para marchar de la empresa actora pasaba por conocer si podían llegar a conseguir este cliente"; 7) por tanto, "[e]s indudable que había un concierto de voluntades para abandonar CONSULTING FORMAPLAN y formar una empresa dedicada a la misma actividad, estudios de movilidad ciudadana, bajo la titularidad de ALBEA TRANSENERGY S.L."; 8) sin embargo, "ello por sí solo no constituye ningún acto de **competencia desleal** ... si no consta una cláusula de no concurrencia", según STS 11-10-99, sin perjuicio de que hubieran podido incumplir el contrato de servicios o laboral que les ligaba con *Formaplan*; 9) a este respecto, la demanda ni siquiera se fundaba en el art. 14 LCD; 10) la conducta de los demandados tampoco era encuadrable en el art. 13 LCD, como explotación de secretos empresariales, ni en su art. 5, como aprovechamiento del esfuerzo ajeno, ya que, conforme al criterio de la STS 24-11-06, los demandados, una vez finalizada su relación contractual con *Formaplan*, podían aplicar en su nueva empresa los conocimientos y relaciones con proveedores y clientes adquiridos cuando trabajaban para *Formaplan*, sin que esta pudiera impedirlo más que en el caso "de un know how o de una información que tenga la condición de secreto empresarial"; 11) en la LCD la protección del know how se contiene esencialmente en su art. 13 "siempre



que tenga la condición de secreto empresarial", pero en el caso enjuiciado "no consta ni siquiera se ha alegado la existencia de medidas adoptadas por quienes dirigen la empresa para impedir que sea conocida la supuesta información secreta"; 12) en definitiva, "la ilicitud concurrencial de la conducta de los demandados radica en que, mientras trabajaban para la actora y aprovechándose de los medios de ésta, han tratado de captar un posible cliente que en realidad se había puesto en contacto con CONSULTING FORMAPLAN", comportamiento encuadrable en el art. 5 LCD conforme a la STS 8-10-07 y que no habría sido ilícito "si los demandados hubieran tratado de captar el cliente después de cesar en su relación laboral o mercantil con la actora"; 13) como el resultado final de la injerencia de los demandados fue que Coperfil no encargara el proyecto ni a Formaplan ni a Albea, el perjuicio causado a Formaplan por los demandados había sido el beneficio neto que hubiera obtenido con la ejecución del proyecto, 6.230 euros; 14) no procedía indemnización por los gastos derivados de la sustitución de los demandados por otros empleados, porque el ilícito concurrencial apreciado no era la marcha de los demandados de Formaplan sino el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, de modo que los daños y perjuicios derivados de un posible incumplimiento de los contratos laborales o mercantiles deberían ventilarse por otra vía; 15) lo mismo sucedía con lo pagado por Formaplan a un informático "para rescatar una información supuestamente borrada por los demandados"; 16) sí eran indemnizables, por importe de 22.480'97 euros, los salarios y remuneraciones abonados por Formaplan a los demandados desde el 1 de febrero de 2005 hasta que se resolvió su relación contractual, así como los gastos de fotocopias y teléfonos dedicados a la actividad **desleal** apreciada; 17) no procedía indemnización alguna por la frustración de unos contratos de Formaplan con el IDAE (Instituto para la Diversificación y Ahorro de Energía), porque "no existe prueba ni indicio alguno" de que obedeciera a una mala ejecución de los proyectos por los demandados para perjudicar a Formaplan; 18) tampoco constituía **competencia desleal** el que Albea se hubiera adjudicado tres proyectos para el Ayuntamiento de Terrasa, pues antes de los hechos litigiosos ya se le habían adjudicado formalmente y la circunstancia de que Albea no cumpliera el compromiso habitual de subcontratar su realización a Formaplan pertenecía al ámbito de la relación de negocio fiduciario entre ambas compañías; 19) tampoco procedía ninguna indemnización por daño moral, derivado de que se frustrara la expansión de la actividad de Formaplan a Madrid, de su desprestigio profesional y de tener que recomponer su estructura empresarial, porque ni la conducta ilícita de los demandados pudo ser causa relevante de todo ello ni se había probado que la rescisión de los contratos con el IDAE se debiera al comportamiento malicioso de los demandados.

La sentencia de apelación fue impugnada únicamente por la demandante Formaplan, mediante recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional.

Como quiera que en su momento no fue admitido el recurso extraordinario por infracción procesal, el único recurso a resolver en este acto es el de casación por interés casacional, cuyos motivos habrán de examinarse desde el más absoluto respeto a los hechos que la sentencia recurrida declara probados.

SEGUNDO .- Antes de examinar los motivos del recurso conviene advertir, por la influencia que puede tener en su resolución, que el escrito por el que se interpuso, junto con el extraordinario por infracción procesal ya inadmitido, presenta una estructura peculiar, dominada por la insistencia de la actora-recurrente en su propia versión de los hechos.

Así, en un primer apartado titulado "Antecedentes fácticos" el escrito de interposición dedica un subapartado a la pretensión formulada en la demanda, el siguiente a los hechos afirmados por la sentencia impugnada y el siguiente y último a "[l]os hechos admitidos y no controvertidos relevantes para la adecuada resolución del recurso de casación". Este subapartado, que es el de mayor importancia dentro de la primera parte del escrito de interposición, contiene una exposición de cuáles son los hechos probados según la parte recurrente, versión que unas veces se funda en la sentencia recurrida, otras en la de primera instancia y otras en una valoración de diversas pruebas por la propia parte recurrente.

El apartado siguiente justifica por qué se va a interponer el recurso extraordinario por infracción procesal después del recurso de casación, manifestándose que "la resolución que se dicte a propósito de la infracción procesal puede, y a nuestro respetuoso criterio, debe, modificar, integrar y completar el *factum* de la sentencia recurrida".

El siguiente apartado, titulado "RECURSO DE CASACIÓN", contiene los fundamentos del único recurso a examinar por esta Sala, constituidos en su mayor parte por transcripciones de sentencias que solo al final de cada fundamento se ponen en relación con los hechos litigiosos, pero sin precisar si estos son los declarados probados por la sentencia recurrida, los probados según la sentencia de primera instancia o los que la propia parte recurrente presenta en el tercer subapartado del apartado primero como "relevantes para la adecuada resolución del recurso de casación".



Finalmente, el último apartado se dedica al recurso extraordinario por infracción procesal, esto es al no admitido, y consiste principalmente en una crítica de la sentencia impugnada por no haber declarado probados todos aquellos hechos que la parte recurrente sí considera como tales.

TERCERO .- Tan peculiar estructura dificulta en gran medida la oposición de la parte recurrida al recurso de casación y la respuesta de esta Sala a los fundamentos del mismo, máxime cuando resulta que estos tampoco consisten en motivos de casación separados y numerados correlativamente sino en apartados (i), (ii), (iii) y (iv) de los que, a su vez, el (i) se divide en dos apartados, a) y b), y el (iv) en tres, a), b) y c).

No obstante, en aras al principio de tutela judicial efectiva se procurará responder razonadamente al recurso así planteado aunque, necesariamente, partiendo de que el recurso extraordinario por infracción procesal no ha sido admitido y, en consecuencia, respetando la declaración de hechos probados que contiene la sentencia recurrida. De otro lado, la exposición de los fundamentos del recurso sí permite comprender que el interés casacional invocado es el consistente en oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

CUARTO .- El fundamento (i) del recurso alega infracción de los arts. 12 y 5 LCD y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

Su apartado a) invoca la doctrina contenida en las SSTS 6-2-01 y 6-7-01 sobre los criterios que determinan la existencia de actos de aprovechamiento de la reputación ajena conforme al art. 12 LCD, entre los que se encuentran las alusiones de una persona a sus pasadas conexiones comerciales con otra. En consecuencia, y dándose por sentado que las personas naturales demandadas *"realizaron clarísimas alusiones a estas cuestiones al crear conjuntamente por todos ellos un Dossier de presentación de ALBEA TRANSENERGY para su efectiva promoción en el mercado, donde falsean y simulan un conjunto de datos para aparentar una trayectoria empresarial y una reputación empresarial de la que ALBEA TRANSENERGY carecía, atribuyéndose trabajos y proyectos que eran de CONSULTING FORMAPLAN"*, la sentencia impugnada se opondría a la doctrina jurisprudencial invocada al no haber apreciado la conducta ilícita del art. 12 LCD.

En cuanto al apartado b), segundo y último de este fundamento del recurso, en él se invoca, *"además"*, es decir en relación con el apartado anterior, la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS 16-6-00, 15-10-00, 14-7-03, 3-2-05, 21-10-05, 8-10-07 y 8-7-08 sobre los criterios para aplicar la regla objetiva de conducta (buena fe concurrencial) que protege el art. 5 LCD. Según esta doctrina, en opinión de la parte recurrente, el acto sería **desleal** *"cuando se actúa vulnerando los elementales principios de respeto a lo ajeno, o se obtengan logros no por el esfuerzo propio sino por la apropiación de los así conseguidos por los demás"*. En consecuencia, y toda vez que los demandados, mientras trabajaban en *Formaplan*, se concertaron para abandonarla y formar otra empresa dedicada a la misma actividad bajo la titularidad de *Albea*, utilizando los medios de *Formaplan*, la sentencia impugnada se opondría a la doctrina jurisprudencial invocada al no haber apreciado deslealtad por no existir una cláusula de no concurrencia y no haberse denunciado en la demanda ninguna inducción a la terminación regular o irregular de los contratos de trabajo o mercantiles de los demandados con *Formaplan*.

El antedicho planteamiento, puesto en relación con los fundamentos y el fallo de la sentencia impugnada, que condena a los demandados por una conducta incardinable en el art. 5 LCD y consistente precisamente en haberse aprovechado de los medios y conocimientos comerciales de *Formaplan* para, mientras trabajaban en ella, dirigirse a un cliente de la misma con la intención de captarlo para *Albea*, permite deducir, como única forma de hacerlo comprensible, que lo que la parte recurrente pretende no es una nueva aplicación del art. 5 LCD como configurador de un tipo autónomo de **competencia desleal**, sino la aplicación del art. 12 de la misma ley interpretado conforme a la pauta de la buena fe establecida en dicho art. 5.

Pues bien, semejante planteamiento ha de ser desestimado porque, debido a la doctrina jurisprudencial sobre el art. 5 LCD como tipificador de un comportamiento dotado de sustantividad propia (SSTS 24-11-06, 23-3-07 y 8-10-07, citadas por la sentencia recurrida, y 28-5-08 y 25-2-09, entre otras), y toda vez que la sentencia impugnada lo aplica a una de las conductas descritas por la parte recurrente (el concierto de voluntades para abandonar *Formaplan* y desarrollar la misma actividad en *Albea*), la otra conducta referida por la misma parte, es decir, la de atribuirse trabajos y proyectos que eran de *Formaplan*, no se declara probada por la sentencia recurrida, que únicamente da por probado, al tratar del dossier remitido a la empresa *Coperfil*, que en los currículum de los demandados figuraban como experiencia profesional *"proyectos realizados en la empresa actora"*. No hubo, pues, aprovechamiento de las ventajas de la reputación de *Formaplan* en el mercado, en el sentido que contempla el art. 12 LCD, cuyo párrafo segundo facilita la interpretación de su más general párrafo primero, sino mera inclusión en el currículum de la experiencia profesional que suponía haber trabajado para *Formaplan*.

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala que interpreta el art. 5 LCD no autoriza su aplicación para declarar la ilicitud de conductas próximas a las tipificadas en los artículos siguientes pero que no cumplan todos los



requisitos del tipo. Como declara la sentencia de 11 de febrero de 2011 (rec. 1735/07), "la sentencia de 24 de noviembre de 2.006 precisó que el artículo 5 no formula un principio general objeto de desarrollo y concreción en los artículos siguientes de la misma Ley .

Las sentencias de 8 de octubre de 2.009 y 22 de noviembre de 2.010 recordaron, con cita de otras, 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 impedirlos".

La sentencia de 11 de julio de 2.006 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 de 24 de noviembre de 2.006 reiteró 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".

QUINTO .- El fundamento (ii) del recurso impugna la sentencia de apelación por "indebida aplicación del principio de libre imitación de las prestaciones e iniciativas empresariales ajenas (art. 11.1 LCD), tal como es interpretado y aplicado en la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal, particularmente de las excepciones contenidas en el art. 11.2 LCD ".

Según su desarrollo argumental, la doctrina contenida en las SSTs 24-10-79 , 21-10-05 , 08-10-07 y 22-11-06 proscribía las imitaciones que comporten un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Después de transcribir parte del contenido de las SSTs 21-10-05 y 8-10-07 y explicar su sentido, la recurrente considera que la sentencia de apelación se opone a dicha doctrina jurisprudencial porque lo esencial no es el principio de libre imitación de las iniciativas empresariales ajenas, "que nadie discute, sino la forma y modo concertado en que los demandados acuerdan poner en marcha el proyecto directamente competidor de la actividad empresarial desarrollada por CONSULTING FORMAPLAN, así como si las actuaciones efectivamente llevadas a cabo, con el indisimulado propósito de aprovecharse del esfuerzo empresarial ajeno, e incluso acabar con la empresa que actúa como demandante, conllevan necesariamente, por aplicación precisamente de los preceptos legales antedichos (arts. 12 y 5 LCD ; y sin perjuicio de lo que luego se dirá acerca de otras infracciones legales) y de la doctrina jurisprudencial recién invocada, la total y absoluta imposibilidad de ampararse, como causa de justificación o de exculpación de su conducta, en el principio de libre imitación de las iniciativas empresariales ajenas"

Pues bien, de semejante planteamiento resulta la propia inviabilidad de este fundamento del recurso, pues se queda en un plano tan general, abstracto y ambiguo, esto último al mezclar el art. 11 LCD con sus arts. 12 y 5 como si las conductas tipificadas en cada uno de ellos fueran las mismas y al propio tiempo no lo fueran, que, en realidad, nunca llega a concretarse lo que en verdad importaría para comprobar la posible oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial invocada; es decir, cuál o cuáles fueron los actos de imitación ilícitos merecedores de una calificación autónoma según el art. 11 LCD y distinta por tanto de la aplicada por el tribunal sentenciador conforme al art. 5 de la misma ley precisamente por aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

A este respecto conviene recordar que, como declara la sentencia de 2 de noviembre de 2011 (rec. 1717/08) a propósito del art. 11 LCD , el aprovechamiento del esfuerzo ajeno no constituye por sí solo un ilícito concurrencial.

SEXTO .- Otro tanto sucede con el fundamento (iii) del recurso, que impugna la sentencia de apelación por infringir el art. 13 LCD "en cuanto no aplica correctamente el concepto de secreto empresarial" , ya que su desarrollo argumental se limita a transcribir parte del contenido de las SSTs 24-10-79 y 21-10-05 relativo al know how ("saber cómo" o "saber hacer") para, sin más, dar por sentado que los demandados se apropiaron de secretos empresariales de *Formaplan* , o bien los utilizaron, pero sin concretar cuáles serían esos secretos empresariales.

Tan solo en el último párrafo de este fundamento parece alegarse que los secretos empresariales eran el "cierto bagaje de habilidades, capacidades y experiencias profesionales" adquiridas por los demandados mientras trabajaban en *Formaplan* a que alude la sentencia recurrida. Pero claro está que la experiencia profesional del empleado no puede considerarse un secreto empresarial de la empresa empleadora ni, desde luego, es exigible que quien deja una empresa para trabajar en otra dedicada a la misma actividad prescinda absolutamente,

como parece pretenderse en este fundamento del recuso, de todo lo aprendido en la primera, ya que esto equivaldría a la eliminación del propio concepto de experiencia profesional como factor relevante de todo currículum orientado a obtener un puesto de trabajo.

En relación con lo que parece querer plantear este fundamento del recurso, la sentencia de 22 de noviembre de 2011 (rec. 1617/08) declara que "el trasvase de trabajadores de una empresa a otra de la misma actividad comercial no supone ningún ilícito competencial, como tampoco cuando hay aprovechamiento de la experiencia y formación profesional adquirida, e incluso de información sobre el desarrollo del negocio cuando ésta no es secreta o reservada".

SÉPTIMO .- Finalmente el fundamento (iv) del recurso, que se pone por la parte recurrente "en íntima conexión con las infracciones legales que se acaban de identificar", impugna la sentencia de apelación por adolecer "de deficiente comprensión o conceptualización jurídica del supuesto de hecho en cuanto al carácter concurrencial de la actividad desarrollada por los demandados y el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley de **Competencia Desleal**, y su plena compatibilidad con otras acciones de tipo contractual que pudieran asistir al perjudicado por el acto **desleal**".

Dividido en tres apartados, el a) invoca la doctrina contenida en las SSTS 18-10-00, 14-7-03 y 13-10-05 en cuanto no exige que entre los sujetos agente y paciente medie una relación de **competencia**, y la considera infringida porque la sentencia impugnada habría afirmado, según la parte recurrente, "que el único ilícito **desleal** en el que pueden incurrir los trabajadores es el previsto en el art. 14 LCD y que si incumplen otras obligaciones como trabajadores deberá recurrirse al ejercicio de otro tipo de acciones distintas a las de **competencia desleal**"; el apartado b) invoca la doctrina contenida en las SSTS 20-3-96, 6-2-01 y 15-10-01 "sobre la aplicación de la presunción del art. 2.2 LCD a actuaciones objetivamente idóneas para promocionar y asegurar la difusión de productos o prestaciones", y la considera infringida por la sentencia impugnada en cuanto "desconoce el carácter netamente concurrencial de todos y cada uno de los actos denunciados como cometidos por los demandados"; y el apartado c) invoca la doctrina contenida en las SSTS 18-10-00, 15-10-01, 3-7-06 y 8-7-08 "sobre la compatibilidad de las acciones derivadas de la deslealtad concurrencial con las que pudieran derivarse de particulares relaciones contractuales u obligatorias entre el actor y el demandado (o algunos de los demandados)", y la considera infringida porque la sentencia impugnada pretendería, siempre según la parte recurrente, "que las reclamaciones por actos de **competencia desleal** realizados por los trabajadores se realicen exclusivamente a través de las acciones correspondientes al incumplimiento contractual, excluyendo la posibilidad de la aplicación de la LCD especialmente cuando no consta una cláusula de no concurrencia (Fundamento Jurídico Quinto), así como también excluye del ámbito de aplicación de la LCD un conjunto de actos realizados por los demandados que, a nuestro entender, son contrarios a la buena fe y de nuevo los reconduce a su reclamación a través de un incumplimiento contractual entre ALBEA TRANSENERGY y CONSULTING FORMAPLAN S.L. (Fundamento Jurídico Noveno)".

Pues bien, este fundamento del recurso también ha de ser desestimado, porque la alegada oposición a la doctrina jurisprudencial se sustenta en una tergiversación de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida y, al propio tiempo, en un absoluto silencio de la parte recurrente sobre cuáles serían los incumplimientos contractuales de los demandados constitutivos de **competencia desleal** y cuáles los artículos de la LCD, entre los que tipifican los actos de **competencia desleal**, es decir del art. 5 al art. 17, en que cabría encuadrar cada incumplimiento contractual.

Lo que sucede, por tanto, es que este fundamento del recurso carece de verdadero contenido, pues determinados actos de los demandados como trabajadores de *Formaplan* que implicaban incumplimientos de sus contratos de trabajo sí han sido considerados por la sentencia impugnada como constitutivos de **competencia desleal**, cayendo así por su base la tesis de que la sentencia impugnada considera incompatible el incumplimiento contractual con la **competencia desleal**. En realidad es la parte recurrente, que nunca explica por qué no fundó su demanda en el art. 14 LCD, la que parece sostener una tesis que no se corresponde con la doctrina jurisprudencial invocada, cual sería que cualquier incumplimiento contractual de los demandados para con *Formaplan* constituyó un acto de **competencia desleal**, prescindiendo así del relevante dato de que la LCD tipifique en su art. 14, como acto de **competencia desleal**, la inducción a la infracción contractual, y exija unos requisitos que demuestran que no toda inducción al incumplimiento contractual, ni desde luego cualquier incumplimiento contractual, es siempre constitutivo de **competencia desleal**.

En realidad, para desestimar el recurso en su conjunto puede aplicarse lo que, para desestimar un motivo, razonaba la sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2009 (rec. 619/2004) del siguiente modo: "En cualquier caso, lo fundamental en la doctrina de esta Sala, y por ello debe desestimarse el motivo, es que por regla general la mera captación y trasvase de trabajadores de una empresa a otra que se va a fundar, o ya fundada, no constituye **competencia desleal**, como tampoco lo es el que un trabajador o directivo de una empresa pase a otra para ejercer la misma actividad profesional aprovechando su experiencia y conocimientos (SSTS 11-10-99



en rec. 531/95 , 1-4-02 en rec. 3363/91 , 24-11-06 en rec. 369/00 y 14-3-07 en rec. 480/00), pues lo contrario supondría tanto como negar la movilidad laboral. En particular, de estas últimas sentencias la de 24 de noviembre de 2006 considera que no infringe el art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal** quien abandona una empresa para la que trabajaba, funda otra, capta clientes y vende a precios más bajos, no constituyendo en general secretos empresariales los relativos a la clientela. De aquí se sigue que para encuadrar en el art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal** conductas de cierto parecido con la de los tres demandados de que se trata, como hicieron las sentencias citadas por la parte recurrente y, más recientemente, las SSTS 8-10-07 (rec. 3652/00), 2-7-08 (rec. 2522/01) y 3-7-08 (rec. 2635/01), sea necesario un sustento probatorio del que se carece en este caso y una precisión en la demanda que tampoco se da, pues asimismo es doctrina de esta Sala que la función del art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal** es sancionar conductas no previstas en sus arts. 6 a 17 pero no considerar ilícitas las sí previstas cuando falten algunos de los requisitos exigidos en éstos (SSTS 30-5-07 en rec. 2037/01 , 28-5-08 en rec. 2534/01 y 3-7-08 en rec. 2635/01), existiendo también ámbitos normativos ajenos al de la **competencia desleal** que contemplan conductas que guardan relación con las aquí enjuiciadas pero estableciendo consecuencias jurídicas específicas, como son las laborales o las societarias (caso este último de la STS de 5-12-08 en rec. 1353/03)."

OCTAVO.- Conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC , procede imponer las costas a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

1º.- **DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL** interpuesto por el la compañía mercantil demandante CONSULTING FORMAPLAN S.L. contra la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2008 por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación nº 773/07 .

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- E imponer las costas a la parte recurrente.

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 .- Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Roman Garcia Varela.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-FIRMADA Y RUBRICADA. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, 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.