



Roj: **STS 985/2014 - ECLI:ES:TS:2014:985**

Id Cendoj: **28079110012014100116**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/03/2014**

Nº de Recurso: **396/2012**

Nº de Resolución: **83/2014**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **SEBASTIAN SASTRE PAPIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BA 995/2011,**  
**STS 985/2014**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Marzo de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto el recurso de casación, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Marta Gerona del Campo en nombre y representación de BAEL INGENIERÍA, S.A., contra la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Badajoz, sede en Mérida, dimanante de autos de procedimiento ordinario, que a nombre de BAEL INGENIERÍA, S.A., se siguen ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Badajoz, contra D. Leon , D. Mario , IN & OUT TELECOMUNICACIONES, INGENIERÍA Y OUTSOURCING, S.L., D. Millán y D. Obdulio .

Es parte recurrida, la Procuradora D<sup>a</sup>. Gema Fernández-Blanco San Miguel en nombre y representación de IN & OUT TELECOMUNICACIONES, INGENIERÍA Y OUTSOURCING, S.L., D. Millán y D. Obdulio .

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

1. Ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Badajoz, la Procuradora D<sup>a</sup>. Marta Gerona del Campo en nombre y representación de BAEL INGENIERÍA S.A. (en adelante BAEL), el 27 de julio de 2010, presentó escrito interponiendo demanda de juicio ordinario, contra D. Leon , D. Mario , IN & OUT TELECOMUNICACIONES, INGENIERÍA Y OUTSOURCING, S.L., D. Millán y D. Obdulio , en la que suplicaba lo siguiente: "*[...] sentencia por la que:*

*A) Se declare que D. Leon , D. Mario y la mercantil, IN & OUT TELECOMUNICACIONES, INGENIERÍA Y OUTSOURCING, S.L., D. Obdulio y D. Millán han realizado contra la demandante actos de competencia desleal en relación a los hechos expuestos en esta demanda.*

*B) Se condene solidariamente a los demandados a indemnizar a la actora en la cantidad de 26.151,95.-€ así como a publicar a su costa la sentencia en los diarios Hoy y Extremadura, en la edición escrita y digital, en páginas que sean de difusión en todo el territorio de venta de los periódicos mencionados.*

*C) Se impongan expresamente a los demandados el pago de las costas que se produzcan y deriven del presente procedimiento."*

2. La Procuradora D<sup>a</sup>. Yolanda Palacios Jiménez, en nombre y representación de D. Leon y D. Mario , contestó la demanda, cuyo suplico decía: "*[...] dictando sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mis representados e imponiendo las costas causadas a la actora por su temeridad y mala fe procesal"* .

La Procuradora D<sup>a</sup>. Mercedes Landín Iribarren, en nombre y representación de IN & OUT TELECOMUNICACIONES INGENIERÍA Y OUTSOURCING, S.L. (en adelante IN & OUT), de D. Obdulio y de D. Millán, contestó la demanda, cuyo suplico decía: "[...] dictando sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mis representados con toda clase de pronunciamientos favorables y con expresa imposición de costas a la actora".

3. En otrosí digo del escrito de contestación a la demanda, la representación de IN & OUT, de D. Obdulio y de D. Millán, formuló *reconvención*, cuyo suplico decía: "[...] dictando sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda reconvencional formulada, declare que BAEL INGENIERIA, S.L. ha realizado actos de competencia desleal contra mis representados, condenándole a abonar a cada uno de los demandados reconvinentes la cantidad de 1.000.- € en concepto de resarcimiento de los daños y perjuicios causados, imponiéndole asimismo el pago de las costas procesales".

La representación de BAEL contestó a la demanda reconvencional, cuyo suplico decía: "dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda reconvencional formulada por IN & OUT y otros, con expresa condena en costas a los actores reconvencionales".

4. El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Badajoz, Procedimiento Ordinario 166/2010, dictó Sentencia nº 29/2011 con fecha 20 de abril de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por BAEL INGENIERÍAS S.L., representado por la Procuradora Sra. Gerona del Campo frente a la entidad IN & OUT TELECOMUNICACIONES, INGENIERÍA Y OUTSOURCING, S.L., D. Obdulio y D. Millán, representados por la Procuradora Sra. Palacios Jiménez absolviendo a los codemandados de los pedimentos obrados en su contra y con imposición de costas a la parte actora.

Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda reconvencional formulada por IN & OUT TELECOMUNICACIONES, INGENIERÍA Y OUTSOURCING, S.L., D. Obdulio y D. Millán, representados por la Procuradora Sra. Landín Iribarren, frente a BAEL INGENIERÍAS S.L., representado por la Procuradora Sra. Gerona del Campo, declarando que la demandada ha realizado actos de competencia desleal frente a los actores previstos en el art. 9 LTD y sin imposición de costas."

#### Tramitación en segunda instancia

5. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación procesal de BAEL.

Las representaciones procesales de Leon, Mario, IN & OUT, de D. Obdulio y de D. Millán, se opusieron al recurso de apelación interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Badajoz, sede en Mérida, que dictó Sentencia N<sup>o</sup> 236/2011 el 18 de octubre de 2011, cuya parte dispositiva decía:

"Que desestimando el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, con fecha 2<sup>o</sup> de abril de 2011, a que se contrae el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en la alzada."

#### Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

6. La representación de BAEL, interpuso recurso de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en los siguientes motivos:

"**PRIMERO.** - Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que requiere menoscabo del crédito en el mercado para considerar ilícita una conducta ex art. 9 Ley de Competencia Desleal.

**SEGUNDO.** - Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que requiere tenerse en cuenta el contexto en que se hicieron y su finalidad para considerar ilícita una conducta ex art. 9 Ley de Competencia Desleal".

7. Por Diligencia de Ordenación de 24 de enero de 2012, la Audiencia Provincial de Badajoz, sede en Mérida, Sección 3<sup>a</sup>, tuvo por interpuesto el recurso de casación, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

8. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente la Procuradora D<sup>a</sup>. Pilar Iribarren Cavalle en nombre y representación de BAEL INGENIERÍA S.A. Y, como recurrido, la Procuradora D<sup>a</sup>. Gema Fernández-Blanco San Miguel en nombre y representación de IN & OUT TELECOMUNICACIONES, INGENIERÍA Y OUTSOURCING, S.L., Millán y Obdulio.

9. Esta Sala dictó Auto de fecha 8 de enero de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:



" 1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de BAEL INGENIERÍA, S.L. contra la sentencia dictada, en fecha 18 de octubre de 2011, por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª), con sede en Mérida, en el rollo nº 279/2011 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 166/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Badajoz.

2º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación admitido, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en Secretaría."

10. La representación procesal de IN & OUT TELECOMUNICACIONES, INGENIERÍA Y OUTSOURCING, S.L., Millán y Obdulio presentó escrito oponiéndose al recurso de casación interpuesto.

11. Al no solicitarse por ninguna de las partes personadas, la celebración de vista pública, se señaló por Providencia de 23 de diciembre de 2013, para votación y fallo el día 6 de Febrero de 2014, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Sebastian Sastre Papiol, Magistrado de Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Son antecedentes necesarios para la resolución del precedente recurso, los siguientes:

1 . BAEL INGENIERÍA, S.A. (en adelante BAEL), es una empresa dedicada a la ingeniería de las telecomunicaciones, ofreciendo servicios de consultoría, relación con operaciones y redes de comunicación y seguridad.

Interpuso una demanda de juicio ordinario ejercitando una acción de declaración de competencia desleal con la correspondiente de resarcimiento de daños y perjuicios, al amparo del art. 14.1 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) (inducción a la infracción contractual), contra una sociedad competidora IN & OUT TELECOMUNICACIONES, INGENIERÍA Y OUTSOURCING, S.L. (en adelante In & OUT), dos socios de ésta y dos empleados de la compañía demandante, BAEL.

La demanda denuncia que, con ocasión de concurrir a una licitación convocada por la Consejería de Economía, Comercio e Innovación de la Junta de Extremadura para la contratación de un determinado servicio, participó en la misma la sociedad demandada, "IN & OUT", que presentó una oferta en la que figuraban como equipo técnico, dos empleados de BAEL quienes, según la demandante, ofrecieron a su competidor, aparte de sus currículos, información interna de la actora. Fueron despedidos ambos por trasgresión de la buena fe contractual y abuso de derecho, lo que no fue recurrido por los empleados. La información que dice la actora facilitaron los antiguos empleados resultó de los ordenadores portátiles de los empleados sobre los que se realizó un informe pericial tecnológico, que no le fue admitida como prueba en juicio, porque se consideró obtenida ilícitamente.

El contrato de servicios objeto de licitación fue adjudicado provisionalmente a la demandada, IN & OUT, adjudicación que fue recurrida por la actora, tras la revisión del expediente administrativo, con el fin de comprobar la correcta aplicación de los criterios del pliego.

En el recurso BAEL formuló una serie de valoraciones sobre la conducta, a su criterio ilícita, desarrollada por quienes fueron sus empleados, la empresa IN & OUT, los socios de la misma. La Mesa de Contratación estimó el recurso y adjudicó definitivamente a la actora, BAEL, el servicio objeto de licitación.

2. Los trabajadores admitieron que aceptaron la oferta de trabajo del competidor a consecuencia de que su contrato era temporal, próximo a su finalización y no se les había planteado su renovación. La sociedad IN & OUT y sus socios demandados negaron que los ex-empleados de la actora facilitaran información de la empresa, y que simplemente se les ofreció un nuevo puesto de trabajo, para formar parte del equipo técnico que exigía el pliego del concurso, y que no era contrario a derecho que dos licitadores presentaran el mismo equipo técnico.

A su vez, la sociedad IN & OUT y sus dos socios formularon reconvención contra la actora por los términos y expresiones que empleó BAEL en el recurso administrativo de reposición, lo que constituye, a su criterio, actos de engaño, acoso y coacción. El párrafo del recurso a que se refieren los demandados-reconvinentes es el siguiente:

" Es legítimo inferir por esta parte que, un licitador en un concurso público, sólo actúa de este modo, (aprovecharse de los conocimientos y experiencia de los trabajadores de un competidor, aportándolos como propios e induciéndoles a la deslealtad contractual), cuando conoce de antemano que la Administración va a



resolver de una determinada manera. Cuanto tiene la seguridad de que su comportamiento no va a ser valorado negativamente por quienes tienen la potestad de la adjudicación, en este caso la Administración autonómica de Extremadura".

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, con imposición de costas, y estimó, en parte, la reconvenición deducida contra la actora, como responsable de actos de competencia desleal frente a los reconvinientes, actos previstos en el art. 9 LCD, sin imposición de costas.

4. La sentencia fue recurrida en apelación por BAEL sobre la base de que (i) la prueba tecnológica presentada para acreditar que los correos electrónicos de sus ex-empleados dirigidos a su competidora fue declarada ilícita lo que, constituye una vulneración al derecho fundamental de derecho a la prueba y derecho a la defensa; (ii) los términos empleados en el recurso administrativo de reposición contra la adjudicación provisional no constituyen actos concurrenciales, concretamente, actos de denigración.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Mérida, desestimó el recurso de apelación, e impuso las costas al recurrente.

5. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, BAEL interpone recurso de casación *exclusivamente contra la condena que se le impuso por ser autora de un ilícito concurrencial de denigración que le fue imputado en la reconvenición y estimado en ambas instancias*. La prueba denegada en ambas instancias, señala, es objeto de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

6. En concreto, la *questio iuris* que se plantea es la de determinar la aptitud objetiva de las manifestaciones vertidas para menoscabar el crédito en el mercado de los demandados reconvinientes, control de razonabilidad mediante el llamado juicio de ponderación (sentencia de 26 de octubre de 2010 y sentencia de 30 de junio de 2011), referido al contexto en el que se han realizado, que está limitado al expediente administrativo, y con una finalidad de defensa y amparadas bajo el derecho a la libertad de expresión.

**El recurso de casación .**

**SEGUNDO.- De los motivos del recurso de casación.**

El **primero** se fundamenta en la " *infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que requiere menoscabo del crédito en el mercado para considerar ilícita una conducta ex art. 9 de la Ley de Competencia Desleal* ".

Como doctrina jurisprudencial el recurrente cita las sentencias de esta Sala de 22 de marzo de 2007, 22 de octubre de 2007, 22 de noviembre de 2010 y 30 de junio de 2011 que dejó acompañadas de Documentos núm. 3, 4, 5 y 6, *para justificar la falta de idoneidad o aptitud objetiva para menoscabar el crédito en el mercado a que se refiere el art. 9 LCD, y las SSTs primera y última de las citadas precedentemente, para justificar el contexto en que se formularon las manifestaciones vertidas en el recurso administrativo y su finalidad*.

El recurrente, tras dejar constancia de los hechos relevantes de los que tuvo conocimiento, una vez puesto de manifiesto el expediente administrativo, previa la interposición del recurso, transcribe la jurisprudencia citada para negar la apreciación del ilícito concurrencial de denigración a que se refiere el párrafo concreto que figura en el recurso. Entiende que la sentencia recurrida es contraria a la doctrina expresada en las citadas SSTs.

Las manifestaciones son, dice la recurrente, únicamente conocidas por los componentes de la Mesa de Contratación, carecen del elemento necesario de " *difusión* ", están limitadas en un ámbito muy concreto, -un expediente administrativo-, no afectan al mercado, ni tienen una proyección externa, ni por ende, protección de la LCD.

El **segundo motivo** que fundamenta el recurso de casación se articula del modo siguiente: " *infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que requiere tenerse en cuenta el contexto en que se hicieron y su finalidad para considerar ilícita una conducta ex art. 9 LCD* ".

Según la recurrente, la sentencia de la Audiencia Provincial no ha tenido en cuenta el *contexto* de las manifestaciones vertidas en un recurso de reposición, en un expediente administrativo, lo que es contrario, dice, a la doctrina sentada por esta Sala, de acuerdo con las SSTs citadas, en especial las de 22 de marzo de 2007 y 30 de junio de 2011. Son expresiones, amparadas en el derecho de defensa, libertad de expresión, sin que puedan constituir un acto lesivo a la reputación de IN & OUT y sus socios, señalando que no es ocioso recordar la STC 288/1994, de 27 de abril, según al cual los recursos contribuyen a promover la legalidad de la actuación administrativa.

**TERCERO.- Razones de la Sala para la estimación del recurso.**



Trataremos conjuntamente ambos motivos por estar relacionados y fundamentarse en infracción de doctrina jurisprudencial, con invocación de sentencias comunes.

1. La Ley 3/1991, de 10 de enero, Competencia Desleal (LCD), según señala su EM es un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. Afirma que para que exista acto de competencia desleal basta con que se cumplan dos condiciones previstas en el párrafo primero del art. 2 : *que el acto se realice en el mercado* (es decir, que se trate de un acto dotado de esa trascendencia externa) y que se lleve a cabo con *finés concurrenciales*.
2. Los actos ilícitos de denigración se regulan en el art. 9 LCD y consisten en la realización o difusión de manifestaciones dirigidas a un tercero, *aptas para menoscabar el crédito en el mercado* , salvo que sean exactas, verdaderas o pertinentes. Como ha señalado esta Sala (STS de 22 de marzo de 2007 ) no se requiere un ánimo específico de denigrar, ni de producir alteración de la reputación del competidor, ni que la comunicación haya tenido eficacia, sin embargo ha de existir *idoneidad o aptitud del acto* .
3. En el caso de autos, como señala la sentencia recurrida, las manifestaciones se hicieron en un ámbito concurrencial; la circunstancia de que se expresaran en una licitación pública, en la que participaban distintas empresas competidoras, y el demandante reconvenional intervenga precisamente en este mercado público, tomando parte en concursos convocados por la Administración pública, ante la que se han de acreditar méritos, constituye, en principio, razón suficiente para entender que se trata de un acto con trascendencia externa capaz de producir efectos ante quien tiene la potestad de la adjudicación de estos servicios.
4. Pero como hemos destacado antes, una cuestión es que desde un punto de vista objetivo, las manifestaciones realizadas en un mercado público-administrativo puedan ser consideradas, en abstracto, como un acto con trascendencia en el mercado, y otra distinta, es, que constituyan un acto de denigración a la vista de la idoneidad, el contexto y la finalidad con que fueron expresadas.
5. En el caso de autos, las manifestaciones contenidas en el recurso administrativo interpuesto por la actora reconvenida (que se han dejado reproducidas en el Fundamento de Derecho Primero, in fine, de esta resolución) lo fueron en defensa de unos intereses que consideró legítimos, tampoco hubo *difusión* de las mismas. Las razones de fondo del recurso, -que no de forma, absolutamente reprochables-, fueron atendidas por la Mesa de contratación, motivo por el cual el recurso fue estimado y la adjudicación definitiva del concurso se resolvió a favor del actor.
6. Como señala también la STS de 30 de junio de 2011 (también invocada por el recurrente) la aptitud objetiva de las manifestaciones realizadas para menoscabar el crédito en el mercado corresponde a los Tribunales que conocen del conflicto en las instancias y *la revisión casacional se circunscribe al control de la razonabilidad del llamado juicio de ponderación*.

En el presente caso, las manifestaciones que se denuncian como denigratorias, en atención al contexto y finalidad con que fueron realizadas, están dentro del ejercicio legítimo del derecho de defensa por lo que no concurren las notas de idoneidad o aptitud objetiva para menoscabar el crédito en el mercado ( SSTS de 22 de marzo y 22 de octubre de 2007 , 26 de octubre y 22 de noviembre de 2010 ).

El motivo se estima

#### **CUARTO.- Régimen de costas**

Procede dejar sin efecto las costas del recurso de apelación que confirmó las del Juzgado de Primera Instancia; imponer a las demandadas reconvinientes las ocasionadas por la reconvenición en la primera instancia.

No procede imponer las generadas en el recurso de casación, devolviéndose al recurrente el depósito constituido.

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

#### **FALLAMOS**

**Estimamos, en parte**, el recurso de casación interpuesto por BAEL INGENIERÍA, S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 18 de octubre de 2011, por la Audiencia Provincial de Badajoz, (Sección 3ª), en el Rollo de apelación nº 279/2011 , dimanante del juicio ordinario nº 166/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Badajoz, que se siguió contra D. Leon , D. Mario , IN & OUT TELECOMUNICACIONES, INGENIERÍA Y OUTSOURCING, S.L., D. Millán y D. Obdulio , que **casamos, en parte, y dejamos sin efecto** , y en su lugar **resolvemos**:

**1º Desestimar la reconvenición** deducida por IN & OUT TELECOMUNICACIONES, INGENIERÍA Y OUTSOURCING, S.L., D. Millán y D. Obdulio contra BAEL INGENIERÍA, S.A., a la que absolvemos de todos los pedimentos.



**2º Imponer las costas** de la reconvención, en primera instancia a IN & OUT TELECOMUNICACIONES, INGENIERÍA Y OUTSOURCING, S.L., D. Millán y D. Obdulio , por haber sido desestimada la reconvención.

**3ºNo procede imponer las costas** del recurso de apelación a BAEL INGENIERÍA, S.A.

**4ºNo procede imponer** las generadas en el presente recurso de casación interpuesto por BAEL INGENIERÍA, S.A. a quien se le devolverá el depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Sebastian Sastre Papiol, 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 CENDO