



Roj: **SAP B 6131/2009 - ECLI:ES:APB:2009:6131**

Id Cendoj: **08019370152009100064**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **13/01/2009**

Nº de Recurso: **60/2008**

Nº de Resolución: **10/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS GARRIDO ESPA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 6131/2009,**
STS 6150/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMO-QUINTA

ROLLO Nº 60/2008-1ª

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº. 686/2006

JUZGADO MERCANTIL Nº 3 DE BARCELONA

SENTENCIA núm. 10/09

Ilmos. Sres. Magistrados

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. LUIS GARRIDO ESPA

D. JORDI LLUIS FORGAS FOLCH

En Barcelona a trece de enero de dos mil nueve.

Se han visto en grado de apelación ante la Sección Décimo-quinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el nº 686/2006 ante el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, a instancia de THE CLUSTER COMPETITIVENESS GROUP S.A., representada por el Procurador Pedro Larios Roura y asistida del Letrado D. Alex Ferrer Felip, contra D. Sebastián , representado por la Procuradora Dª. Mónica Ribas Rulo y bajo la dirección del Letrado D. Camil Raich Puyol, que penden ante esta Sala por virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandada contra la sentencia dictada por dicho Juzgado el día 22 de octubre de 2007.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimando la demanda interpuesta por la representación en autos de la mercantil THE CLUSTER COMPETITIVENESS GROUP S.A. se condena a D. Sebastián al pago de 164.173'80 euros, intereses y costas del procedimiento".

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, que fue formalizado conforme a la vigente LEC, presentando la actora escrito de oposición al recurso.

TERCERO. Recibidos los autos y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 15 de octubre.



Es ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS GARRIDO ESPA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. I) La sentencia de primera instancia dio respuesta a la demanda que formuló THE CLUSTER COMPETITIVENESS GROUP S.A. contra quien fue consejero-delegado y consultor por cuenta de la misma, Don. Sebastián , desestimando las acciones por **competencia desleal**, fundadas en los arts. 6 y 11 de la Ley de **Competencia Desleal** , y estimando la acción social de responsabilidad prevista por el art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , con cuyo amparo condenó al citado demandado al pago de la indemnización pretendida, 164.173,80 euros, por apreciar el incumplimiento de los deberes de lealtad y fidelidad que impone dicha Ley a los administradores. El hecho generador de la responsabilidad radica en haber obtenido el demandado, en un caso a título personal y en otro a favor de una sociedad por él constituida (Cluster Development S.L.), dos contrataciones de proyectos de consultoría, con dos clientes determinados, después de que el demandado cesara en el cargo de consejero-delegado y en la prestación de servicios de consultoría para la sociedad actora, en cuya representación, sin embargo, antes de su cese, había intervenido ante esos dos clientes, negociando tales contrataciones.

II) La demanda exponía los siguientes hechos antecedentes para justificar la reclamación, que completamos con otros hechos probados y no controvertidos:

a) THE CLUSTER COMPETITIVENESS GROUP S.A. se dedica al asesoramiento, consultoría y gestión de toda clase de empresas y está especializada en el refuerzo de la competitividad de sectores **empresariales**, tanto a través de proyectos de consultoría como de la aplicación de nuevas tecnologías.

b) El Sr. Sebastián (actualmente accionista con el 4,32 % del capital social), fue consejero-delegado y secretario de la compañía hasta el 17 de junio de 2005, fecha en la que, en junta general ordinaria, presentó su renuncia al cargo y su cese en la prestación de servicios por cuenta de la sociedad. Hasta entonces desempeñaba funciones ejecutivas llevando el trato directo con los clientes, y al momento de su cese estaba negociando la adjudicación a favor de la empresa actora de dos proyectos de consultoría (que son lo que aquí interesan):

- uno con el Consorci de Promoció Comercial de Catalunya (COPCA), denominado "Iniciativa de refuerzo de la competitividad de 5 sectores en Catalunya" (documento 2), por un importe total de 125.000 euros, así como otro por 35.000 euros;

- y otro con EUROCEI (centro Europeo de Empresas e Innovación S.A.) para el Instituto de Fomento de la Junta de Andalucía, denominado "Iniciativa de refuerzo de la competitividad de los Clusters del Mueble en Andalucía", por un importe total de 412.500 euros (documento 3),

siendo el Sr. Sebastián el consultor responsable de tales proyectos, como legal representante de la actora.

c) El 15 de junio de 2005 (dos días antes de su cese), el legal representante del COPCA, encargado de la gestión del primer proyecto, Sr. Maximiliano , remitió al demandado un e-mail del que puede deducirse el interés de dicho organismo de llevar a cabo la contratación con la actora en cuanto al sector de la química fina por un coste total de 125.000 euros, y otro referido al sector del medioambiente por 35.000 euros (documento 5 de la demanda). Así mismo, existe constancia de las llamadas telefónicas entre el Sr. Sebastián (cuando permanecía en la empresa actora) y los organismos o entidades interesados en tales proyectos (en el listado de llamadas facturadas aparecen con frecuencia los números del COPCA y de EUROCEI).

d) Una vez producido su cese, el Sr. Sebastián obtiene la adjudicación para sí y para la sociedad Cluster Development S.L., que había constituido en septiembre de 2005, de varias contrataciones, concretamente (como evidencia la documentación obrante en autos):

El Sr. Sebastián fue adjudicatario, tras un procedimiento de concurso público anunciado públicamente el 25 de junio de 2005, de un contrato otorgado por el COPCA el 19 de julio de 2005 "para la elaboración y ejecución de un modelo metodológico que permita el análisis estratégico del sector de la química fina", por 124.120 euros de retribución máxima (f. 478 y 492 y ss.). Así mismo resultó adjudicatario de otro contrato otorgado por dicho organismo el 1 de septiembre 2005, "para la identificación de los diferentes negocios dentro del sector medio ambiental" (f. 478 y 494), por 40.600 euros de retribución máxima, directamente adjudicado, conforme al procedimiento administrativo, tras contrastar la Administración hasta tres ofertas.

Por lo que respecta al proyecto negociado con EUROCEI / Instituto de Fomento de Andalucía, se produjo la contratación el 7 de diciembre de 2005 por parte de EUROCEI a favor de la referida constituida por el demandado, Cluster Development S.L., de un proyecto de consultoría denominado "Iniciativa de refuerzo de competitividad del cluster del mueble en Córdoba, Jaen y Sevilla".



Por tal motivo la actora considera que el Sr. Sebastián , tras su salida de la empresa, se ha aprovechado de las negociaciones realizadas con los dos clientes y se ha apropiado de dichos proyectos.

III) La pretensión de resarcimiento a que se contrae la súplica de la demanda se fundamenta en una doble causa de pedir.

A) De un lado, en la actuación del Sr. Sebastián durante los últimos meses antes de su cese, lo que motiva la acción social de responsabilidad (art. 134 TRLSA), cuyo ejercicio fue acordado en la junta general celebrada el 17 de julio de 2006. Se reprocha al demandado bajo esta perspectiva fáctica y normativa que, valiéndose de su condición de consejero-delegado y directivo de la empresa actora, negoció la adjudicación de los proyectos descritos en nombre y representación de ésta, pero culminó su contratación a título personal y a favor de la nueva sociedad que constituyó, vulnerando así el deber de fidelidad que establece el art. 127 ter 2 TRLSA ("Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador"), citándose así mismo el art. 127 quáter 1 ("Los administradores, aún después de cesar en sus funciones, deberán guardar **secreto** de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social").

B) Y de otro, en la actuación del Sr. Sebastián una vez desvinculado de la sociedad, conducta que, por las circunstancias fácticas que se exponen seguidamente, se incardinaba por la actora en los arts. 6 y 11 de la Ley de **Competencia Desleal** . Lo que desde esta perspectiva se reprocha es que el demandado constituyó en septiembre de 2005 una sociedad denominada Cluster Development S.L. y creó una página web que, por su similitud con la de la actora, induce a confusión al público en cuanto a la procedencia de las prestaciones, beneficiándose del prestigio de la empresa demandante. En este sentido se decía en la demanda que se infringe el art. 6 LCD , ya que con la denominación de la nueva sociedad y su página web se creó confusión a los clientes que comenzaron a negociar un proyecto con la actora y acabaron firmando la adjudicación del mismo con el Sr. Sebastián o con su nueva sociedad, pensando que éste actuaba en nombre de la actora. Y así mismo, esta conducta supone una imitación desleal prohibida por el art. 11 LCD , porque el Sr. Sebastián se aprovecha del esfuerzo y reputación de la actora al apropiarse de clientes que antes eran de ésta, y se ha generado riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de las prestaciones y actividades.

IV) En la demanda se cuantificaban los daños y perjuicios causados por tales conductas atendiendo a los siguientes conceptos y criterios:

A) Se reclama como daño emergente la suma de 59.857,05 euros, que responde al coste de retribución de las horas dedicadas por el Sr. Sebastián y su equipo de trabajo a las negociaciones o proyectos con el COPCA y EUROCEI, incluyendo como gasto un viaje realizado a Sevilla para tratar con este último cliente.

B) Y como lucro cesante la cantidad de 104.316,75 euros, que es la mitad del margen de beneficio que habría obtenido la actora por la ejecución de los contratos adjudicados al Sr. Sebastián ; es decir -aclara la demanda-, se divide entre dos el beneficio generado por la ejecución de tales proyectos o trabajos, de forma que una mitad corresponde al Sr. Sebastián por su ejecución y la otra a la actora en concepto de indemnización por el trabajo de promoción del encargo profesional del que finalmente se apropió el demandado.

SEGUNDO. La sentencia apelada justificó el rechazo de las acciones basadas en la Ley de **Competencia Desleal** en función de la fundamentación fáctica que se ofrecía en la demanda, por constatar el Sr. Magistrado, a partir de la prueba practicada, que: a) el COPCA y EUROCEI contrataron con el Sr. Sebastián y su nueva sociedad conociendo que éste ya estaba desvinculado de la empresa actora y que la nueva sociedad no tenía vinculación con la actora, por lo que no existió confusión alguna; b) ese riesgo de confusión no se produce por el hecho de que la nueva sociedad incluya la denominación "Cluster", que es un término genérico, descartando igualmente un supuesto de imitación desleal incardinable en el art. 11 LCD .

Pese a no incluir motivación expresa sobre otros aspectos alegados de los que la demanda derivaba la confusión o la imitación desleal (en particular, los referidos a la página web), el Sr. Magistrado concluía señalando que no cabe apreciar un reproche jurídico al demandado desde la perspectiva de la Ley de **Competencia Desleal** (se entiende que en congruencia con la motivación fáctica que sustenta la causa de pedir en este aspecto del litigio).

La actora no ha impugnado estos pronunciamientos, de modo que la desestimación de las acciones fundadas en la Ley de **Competencia Desleal**, que en todo caso deben o debieran enjuiciarse respetando la motivación



fáctica y jurídica de la causa de pedir, ha devenido firme por haber sido consentida por la parte a la que perjudican, quedando excluidos, por ello, tales pronunciamientos del ámbito de la cognición de la segunda instancia, así como, en todo caso, cualquier consideración de la conducta del demandado desde la óptica de la Ley de **Competencia Desleal**.

TERCERO. En el ámbito aplicativo del art. 134 TRLSA, la sentencia consideró que la actuación del demandado suponía una contravención de los arts. 127 y concordantes del TRLSA por haber faltado a sus deberes de lealtad y fidelidad, infracción que el Sr. Sebastián materializó al captar para sí proyectos en cuya gestión y preparación había intervenido como administrador y trabajador de la actora. Fruto de la contravención de tales deberes es que la actora ha perdido los citados proyectos con el COPCA y con EUROCEI, originándole un daño emergente y un lucro cesante coincidente con los conceptos y cuantías reclamadas. Se justificaban tales conclusiones en el hecho incontrovertido de haberse ocupado el demandado, durante los meses anteriores a su salida de la empresa, de la negociación de tales proyectos, hasta el punto que los referentes al COPCA puede decirse que ya estaban "preasignados" a la actora, a la vista del e-mail aportado como documento nº 5 de la demanda. De no haber abandonado la empresa el Sr. Sebastián -razona la sentencia- la actora hubiera obtenido la adjudicación de esos contratos, y es apreciable un nexo causal "entre el abandono intempestivo del Sr. Sebastián de su cargo y responsabilidades, la pérdida de los proyectos y la atribución de los mismos al Sr. Sebastián y su entorno".

La demandada combate el criterio del Sr. Magistrado mercantil alegando, entre otros motivos y en primer término, que no pueden entenderse vulnerados aquellos preceptos si en el momento en que el demandado obtuvo la contratación de esos proyectos ya se había desvinculado de la sociedad.

CUARTO. Es incontrovertido que desde varios meses antes de su cese, presentado a la junta general ordinaria celebrada el 17 de junio de 2005, el Sr. Sebastián, junto con el Sr. Arturo y la Sra. Zulima, venían preparando la negociación con el COPCA y EUROCEI con vistas a la adjudicación de varios proyectos de consultoría. Así, en enero de 2005 la empresa actora presentó a EUROCEI un documento de "propuesta de colaboración" (documento 2 de la demanda), relativo a un proyecto de "Iniciativa de refuerzo de la competitividad de los Clusters del Mueble en Andalucía", que incluye información introductoria sobre los "clusters", una metodología y un plan de trabajo, así como el coste presupuestado. Así mismo, en marzo de 2005 es presentado por la empresa actora (también bajo la firma del Sr. Sebastián como responsable de ésta) un documento dirigido al COPCA que constituye una "propuesta de servicios" relativa al proyecto sobre "Iniciativa de refuerzo de la competitividad de 5 sectores en Catalunya", que contempla igualmente una introducción sobre los "clusters", una metodología y un plan de trabajo, así como el coste presupuestado para la colaboración (documento 3).

Tales documentos constituyen propuestas de trabajo y colaboración en buena medida genéricas, a concretar y desarrollar para el caso de que se produzcan las adjudicaciones. Como se ha visto, las contrataciones ulteriores no coinciden plenamente con esas propuestas en lo que a su objeto se refiere, ya que el COPCA termina por adjudicar dos contratos relativos a determinados sectores (química fina y medio ambiente), cuando el documento de propuesta abarcaba un contenido más amplio, y lo mismo sucede con el contrato adjudicado por EUROCEI, que finalmente se contrae a un proyecto de "Iniciativa de refuerzo de competitividad del cluster del mueble en Córdoba, Jaen y Sevilla". Es claro, de otro lado, que la ejecución de los proyectos y contratos la ha llevado a cabo el Sr. Sebastián, bien personalmente o bien a través de su nueva sociedad, de modo que el esfuerzo y trabajo de ejecución corresponde a éstos, a partir del encargo formalizado y adjudicado. De ahí que la actora no solicite como lucro cesante el margen de beneficio que hubiera obtenido de su ejecución, sino sólo la mitad, reconociendo así que no tiene derecho a la integridad sino a una parte.

Esa parte es la que la actora pretende que, por vía del daño emergente y del lucro cesante, le sea, al fin, resarcida o más bien retribuida, porque lo que tampoco es discutido es que en el seno de la empresa actora, a través del Sr. Sebastián y su equipo, se desplegó un esfuerzo de negociación y promoción de las propuestas de proyectos de consultoría que finalmente fructificaron, bien que a favor del Sr. Sebastián y de su nueva sociedad. Se trata del desarrollo de la labor previa a la contratación (asimilable a los "tratos preliminares"), de contacto con los dos clientes, de inicio y mantenimiento de negociaciones, de confección de documentos generales de presentación social y metodología, en definitiva, actuaciones de promoción y de progresivo acercamiento para una futura concreción objetiva con vistas a la contratación, por más que en un caso (el del COPCA) la adjudicación estuviera sujeta a los mecanismos de la contratación pública, bien mediante concurso o bien mediante adjudicación directa tras consulta de varias ofertas.

Y no cabe duda que todo ello conllevó un coste para la actora, de medios humanos y al fin y al cabo económicos, porque ha invertido dinero en la promoción y negociación de los proyectos (documentación, estudios, contactos, etc.) y ha dedicado trabajadores y consultores a esa negociación y trabajos preparatorios. Por ello, uno de los aspectos de la controversia habría de radicar, de estimarse una condena indemnizatoria,



en cuantificar ese coste, del que luego se aprovechará el Sr. Sebastián , ya desvinculado de la empresa, al obtener las contrataciones y facturar por ellas.

Concretamente, dos días antes del cese del Sr. Sebastián , el 15 de junio de 2005 el Sr. Maximiliano , en representación del COPCA, remitió un e-mail al primero en el que se expresaba dando ciertas muestras del interés de dicho organismo a aceptar los servicios de la empresa actora, por más que se tratara de una adjudicación por el procedimiento de concurso público. Pocos días después del cese (que tiene lugar el 17 de junio), el 25 de junio se anuncia en dos periódicos el concurso promovido por el COPCA "para la elaboración y ejecución de un modelo metodológico que permita el análisis estratégico del sector de la química fina", que es adjudicado al Sr. Sebastián muy poco tiempo después, el 19 de julio. El 1 de septiembre de 2005 el COPCA adjudica igualmente al Sr. Sebastián el proyecto "para la identificación de los diferentes negocios dentro del sector medio ambiental" (f. 478 y 494). La adjudicación de EUROCEI a la nueva sociedad del Sr. Sebastián tiene lugar seis meses más tarde, en diciembre de 2005, pero, al igual que en el caso del COPCA, los contactos y la promoción del proyecto, bien que en términos genéricos, estaban hechos desde la empresa actora.

Hay que anotar también que, pese a que en la promoción y negociaciones relativas a tales proyectos participaron no sólo el Sr. Sebastián sino los empleados Sr. Arturo y Sra. Zulima , una vez presentada y aceptada la renuncia del primero en la junta general de 17 de junio de 2005, no hay constancia alguna de que la sociedad hiciera gestión alguna frente al COPCA y EUROCEI para continuar las negociaciones o la promoción o desarrollo de los proyectos (ni en orden a la confección de una oferta para participar en el concurso público del COPCA); tampoco se ha denunciado en la demanda una conducta sigilosa, obstruccionista o de ocultación por parte del Sr. Sebastián sobre la marcha de esas negociaciones y la documentación a ellas afectante.

QUINTO. La cuestión primaria estriba en la cobertura jurídica que permitiría declarar la responsabilidad del Sr. Sebastián por ese coste de negociación y promoción soportado por la actora del que luego se aprovechará irremediamente el demandado al obtener las contrataciones (él mismo o bien su nueva sociedad, que no ha sido demandada), y que no es otra, porque así ha sido configurada la causa de pedir, que la acción social de responsabilidad (art. 134 TRLSA) por vulneración del deber de lealtad o fidelidad al interés social (arts. 127 bis y 127 ter.2), desestimada que ha sido la pretendida condena por actos de **competencia desleal**, aunque en todo caso los actos de **competencia desleal** que denunciaba la demanda no se identifican precisamente con la conducta descrita, sino con otras diversas.

SEXTO. Con carácter general, la acción social de responsabilidad frente a los administradores sociales que instaura el artículo 134 TRLSA (de aplicación a las de responsabilidad limitada), que responde al esquema típico de la acción indemnizatoria por una conducta antijurídica que ha causado un daño, tiene por objeto reconstruir el patrimonio de la sociedad en la medida en que haya sido dañado o perjudicado por una actuación u omisión de los administradores que se revela antijurídica por ser contraria a la Ley, a los estatutos o a la diligencia debida en función de los deberes legales inherentes al desempeño del cargo (art. 133.1 TRLSA), teniendo en cuenta el cánón de diligencia y los deberes que imponen los arts. 127 y siguientes del TRLPI, en particular (es lo que aquí interesa), el de un representante leal (art. 127 TRLPI) y las concretas manifestaciones del deber de lealtad que especifica el art. 127 ter, cuyo apartado 2 dispone que "Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador". En todo caso, es preciso para que prospere la acción la demostración de un acto u omisión que suponga una contravención, aquí, de esos deberes de lealtad y fidelidad, y de un nexo causal lógico y adecuado entre tal actuación antijurídica y la causación del daño o perjuicio al patrimonio o interés social.

El art. 127 TRLPI define el modelo de conducta diligente que se espera del administrador señalando que éste desempeñará su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, lo que se concreta en un haz de específicos deberes, en particular, en el de fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad (a tenor del art. 127 bis), lo que implica la obligación de desempeñar el cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad al interés particular, de modo que ante cualquier situación de conflicto el administrador está obligado a no sobreponer sus intereses particulares a los de la sociedad. De ello se ocupa con pormenor, en ciertas situaciones concretas, el art. 127 ter, que debe interpretarse desde la perspectiva de la posición de privilegio que al administrador le otorga la titularidad del órgano, por razón de la relación fiduciaria que el mismo mantiene con la sociedad, al tener a su disposición el material humano y el instrumental preciso para la consecución del objeto social, que debe destinar sólo a la consecución del interés de la sociedad. En particular, se prohíbe por la norma el aprovechamiento, en detrimento del interés social, de cualesquiera operaciones en beneficio propio, esto es, el aprovechamiento de la oportunidad de negocio, contemplando el precepto dos supuestos: las operaciones ofrecidas a la sociedad (cuando el origen



del interés social es la oferta de negocio realizada por un tercero) y las operaciones o inversiones en las que la sociedad tuviera interés (por pertenecer el negocio al ámbito de su objeto social, siendo defraudada su posición de sujeto activo en búsqueda de negocio). En cualquier caso es necesario, para apreciar la situación de conflicto, que el administrador haya tenido conocimiento de la oportunidad de negocio o de inversión con ocasión del ejercicio del cargo, si bien se contempla una excepción: la prohibición cede cuando la sociedad haya desestimado dicha operación o inversión sin mediar influencia del administrador.

Pero es necesaria otra precisión, que juega como presupuesto lógico para apreciar el incumplimiento de este deber: será necesario, para estimar el supuesto de aprovechamiento desleal de la oportunidad de negocio en perjuicio del interés de la sociedad, que al tiempo de concertar el negocio el administrador esté ejerciendo el cargo, legal o fácticamente, por seguir ostentando la titularidad, de derecho o de hecho, del órgano de administración. Si no es así difícilmente podría admitirse una infracción del deber de lealtad o de fidelidad, que naturalmente cesa al extinguirse el vínculo entre el titular del órgano de administración y la sociedad, a salvo el específico deber de **secreto** previsto por el art. 127 quáter, que se extiende indefinidamente después de cesar en sus funciones: "Los administradores, aún después de cesar en sus funciones, deberán guardar **secreto** de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social".

Pero el supuesto de hecho que contempla este último precepto no concurre en este caso ya que, a pesar de haberse citado esta norma en la demanda, no se han concretado cuáles sean esos **secretos** o información confidencial que el administrador habría explotado en su beneficio tras cesar en el cargo. No es admisible que esa información confidencial esté constituida por las negociaciones acerca de los proyectos a los que se ha hecho mención, cuyo contenido en momento alguno se ha dicho que sea un **secreto empresarial** o una información confidencial o reservada; no puede serlo, desde luego, en el ámbito inter partes, que es en el que se han desarrollado las negociaciones y se ha concertado la ulterior contratación, sin trascendencia a terceros (al menos esa trascendencia externa no se ha denunciado).

Lo que, a la vista de la causa de pedir y la prueba practicada, la empresa actora puede reprochar y de hecho reprocha al Sr. Sebastián no es que haya hecho uso de una información secreta o confidencial que pertenece a la primera, sino que, después de cesar en el cargo haya logrado la contratación de esos proyectos (por cierto, sin engaño o artificio alguno; en este sentido ha quedado claro en el proceso que tanto el COPCA como EUROCEI sabían con quién contrataban, y conocían la desvinculación del Sr. Sebastián de la empresa actora) con aprovechamiento de un esfuerzo o trabajo desarrollado por la empresa actora.

SÉPTIMO. I) Si se trata de analizar la responsabilidad del Sr. Sebastián en cuanto administrador por vulneración del deber de lealtad o fidelidad, esto es, desde la perspectiva de la Ley societaria, el argumento defensivo que ofreció en su día y reitera el demandado en su recurso no es inconsistente, sino racional e impeditivo del éxito de dicha acción. Producida la desvinculación del cargo del Sr. Sebastián, dejan de operar los deberes de lealtad y fidelidad (a salvo el de **secreto**, ya se ha dicho) frente a la sociedad; a partir de ese momento, con el cese efectivo (como realmente lo era al tiempo de lograr el Sr. Sebastián las adjudicaciones), no puede sostenerse que siguiera vinculado por tales deberes. Su ulterior actuación, ahora como competidor, si es que incide en los intereses de la sociedad que administraba, podrá ser enjuiciada y en su caso reprimida con arreglo a la Ley de **Competencia Desleal**, que regula el comportamiento de los agentes económicos en el mercado (con el designio de que éste sea transparente y competitivo y que cada uno de ellos logre el favor de los consumidores por la eficiencia de las propias prestaciones), pero desde luego, en este caso, prescindiendo de los deberes que derivan de un vínculo orgánico o representativo con respecto a la sociedad, que se ha extinguido al tiempo de producirse los actos denunciados.

II) No otra conclusión debe ser aceptada a partir del argumento de la sentencia apelada en el sentido de que, de no haber abandonado la empresa el Sr. Sebastián, ésta hubiera obtenido la adjudicación de esos contratos, y de que es apreciable un nexo causal "entre el abandono intempestivo del Sr. Sebastián de su cargo y responsabilidades, la pérdida de los proyectos y la atribución de los mismos al Sr. Sebastián y su entorno". Respecto de lo primero, la conducta antijurídica que se reprocha al Sr. Sebastián no es haber abandonado la empresa, que es una decisión lícita (en este caso se justifica por el demandado porque se le adeudaban retribuciones, como evidencia la sentencia del Juzgado de Cerdanyola de 15 enero 2007, recaída en autos 218/2006, que condena a la actora a pagar al Sr. Sebastián la cantidad de 28.000 euros; documento 18), y en relación con lo segundo no se trata de buscar una relación de causalidad entre el cese del Sr. Sebastián y la pérdida de las contrataciones por la actora, sino entre el comportamiento ilícito que se le imputa, que es haber logrado las contrataciones después de haber cesado aprovechándose del esfuerzo desarrollado por la actora, y el daño y perjuicio que se invoca, que en la demanda se identifica con el coste de la inversión efectuada por la



actora en orden a la negociación y promoción de los proyectos más un margen en el beneficio de la ejecución (por más que, dicho sea de paso, ambos conceptos puedan resultar incompatibles; se trataría, en definitiva, de que la actora pueda ver retribuida la parte de intervención que tuvo en los proyectos y que coadyuvó a su final adjudicación a favor del ex-directivo que personalmente llevó a cabo esa parte de negociación, como representante orgánico suyo).

De otra parte, ninguna imputación de deslealtad o infidelidad puede apreciarse mientras el Sr. Sebastián permaneció desempeñando el cargo de administrador: está admitido que negoció con el COPCA y EUROCEI en nombre y representación de la sociedad y desempeñó su trabajo por cuenta de la misma, y no hubo simultaneidad en la constitución de su nueva sociedad ni en la adjudicación de los contratos, sino sólo cuando la desvinculación, legalmente y de hecho, ya se había producido. La sentencia recoge que el Sr. Sebastián siguió prestando sus servicios para la actora durante varias semanas después de la junta de 17 de junio de 2005, pero lo fue en concepto de consultor por cuenta de la actora y, según él mismo manifestó (y otra cosa no se ha alegado por la actora ni se ha probado), en relación con la ejecución de proyectos en curso (algunos en Latinoamérica), no respecto de los proyectos aquí controvertidos, y no continuó desempeñando funciones en calidad de consejero-delegado. La demanda, así mismo, es clara al manifestar que el Sr. Sebastián cesó en la junta de 17 de junio de 2005, sin afirmar en momento alguno que continuara desempeñando el cargo con posterioridad a esa fecha.

III) Desde la perspectiva adecuada, que es la que proporciona la Ley de **Competencia Desleal**, la consecución de las contrataciones tras la desvinculación efectiva del cargo de administrador, si es que comportan un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (el de la sociedad) o en alguna medida un expolio de los activos materiales o inmateriales ajenos, porque se factura al cliente por la ejecución del proyecto y no se retribuye a la sociedad la parte que le corresponde (ya que ha soportado un coste o gastos de promoción y negociación con ese cliente), puede o podría encontrar acomodo en la cláusula general establecida en el art. 5 LCD, en cuanto comportamiento contrario a las reglas de la buena fe objetiva que han de regir en un sistema de libre mercado. Pero ese amparo normativo no se activó en la demanda y en todo caso las acciones por **competencia desleal** (bien que fundadas en otros comportamientos colaterales, pero no precisamente en el que se acaba de exponer) fueron desestimadas por la sentencia y tales pronunciamientos no han sido impugnados.

Por todo ello, la pretensión resarcitoria no puede ser acogida: resulta inviable con amparo en la norma invocada (art. 134 en relación con el 127, 127 bis y 127 ter.2 TRLSA), al no mantener el Sr. Sebastián deber de lealtad o fidelidad con la sociedad una vez cesó en el cargo (con las salvedades señaladas, inaplicables al caso), y al tribunal no le está permitido resolver la controversia alterando la acción ejercitada y la causa de pedir (art. 218.1 LEC, a tenor del cual el tribunal no podrá apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer).

OCTAVO. Con todo, subsisten ciertas deudas de derecho que motivan que no hagamos imposición de las costas en la primera instancia (art. 394.1 LEC). No procede tampoco en esta segunda por haberse estimado el recurso de apelación (art. 398 LEC).

Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes y demás de pertinente aplicación

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Sebastián contra la sentencia dictada en fecha 22 de octubre de 2007, que revocamos, y en su lugar acordamos desestimar la demanda formulada por la representación procesal de THE CLUSTER COMPETITIVENESS GROUP S.A. contra dicho demandado, al que absolvemos de los pedimentos formulados en su contra, sin imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y hallada conforme ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.