



Roj: **SAP M 5860/2010 - ECLI:ES:APM:2010:5860**

Id Cendoj: **28079370282010100089**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **19/04/2010**

Nº de Recurso: **259/2009**

Nº de Resolución: **101/2010**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 2, 19-01-2009,  
SAP M 5860/2010**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

**MADRID**

**SENTENCIA: 00101/2010**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE **MADRID**

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 259/2009

Materia: **Competencia desleal**

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 2

Autos de origen: Juicio ordinario nº 102/2007

Parte recurrente: OUTSOURCING SIGNO-SERVICIOS INTEGRALES, GRUPO NORTE, S.L, FUNDACIÓN GRUPO NORTE, CORPORACIÓN CASERSA GRUPO

NORTE,S.A.

Parte recurrida: FUNDACIÓN SUMMA HUMANITATE, D. Oscar

SENTENCIA nº 101/10

En **Madrid**, a 19 de abril de 2010.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de **Madrid**, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. José Ignacio Zarzuelo Descalzo, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 259/2009, los autos del procedimiento nº 102/2007, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 2, el cual fue promovido por OUTSOURCING SIGNO-SERVICIOS INTEGRALES, GRUPO NORTE, S.L., FUNDACIÓN GRUPO NORTE y CORPORACIÓN CASERSA GRUPO NORTE, S.A. contra FUNDACIÓN SUMMA HUMANITATE y D. Oscar , en ejercicio de acciones de **competencia desleal**.

Han actuado en representación y defensa de las partes, por los apelantes, OUTSOURCING SIGNO-SERVICIOS INTEGRALES, GRUPO NORTE, S.L., FUNDACIÓN GRUPO NORTE y CORPORACIÓN CASERSA GRUPO NORTE, S.A., la Procuradora Dª Esperanza Azpeitia Calvin y el Letrado D. Pedro Castellanos Alonso, y por los apelados, D. Carlos Manuel , la Procuradora Dª Paz Santamaría Zapata y el Letrado D. Juan Manuel Ballesteros y Allúe.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 15 de febrero de 2007 por la representación de OUTSOURCING SIGNO-SERVICIOS INTEGRALES, GRUPO NORTE, S.L., FUNDACIÓN GRUPO NORTE y CORPORACIÓN CASERSA GRUPO NORTE, S.A., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, solicitaba que se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: "1º.- Declarar que los demandados han incurrido en un acto de **competencia desleal**, consistente en el trasvase a la FUNDACIÓN SUMMA HUMANITATE de los clientes del grupo de sociedades actoras, prevaleciendo de la violación por parte de Don Oscar del pacto de no concurrencia que vinculaba con dicho Grupo y, en concreto, con Corporación Casersa Grupo Norte, S.A., y de la información que este tenía de los citados clientes. 2º.- Ordenar a los demandados que cesen en la realización de dichos actos desleales, respecto a los contratos análogos suscritos por cualquiera de las empresa de Grupo Norte que aún no hayan vencido. 3º.- Condenar a Don Oscar y a Fundación Summa Humanitae a devolver a las actoras cualquier documento en su caso obrante en su poder, en el que se contengan informaciones confidenciales de las demandantes o de su grupo de empresas. 4º.- Condenar conjunta y solidariamente a los demandados a pagar a mis representadas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, una cantidad equivalente al importe anual que la demandada Fundación Summa Humanitae facture a los clientes que antes lo eran de las sociedades de Grupo Norte "Outsourcing Signo Servicios Integrales Grupo Norte, S.A." (antes Ibérica de Servicios Sociales, S.A.) o de Fundación Grupo Norte, más los intereses legales de dicha cantidad desde la interpelación judicial y a los establecidos en el art. 576 L.E.C. desde la sentencia. 5º.- Ordenar la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado, en el Boletín Oficial de la Comunidad de **Madrid** y en el diario de ámbito nacional El Mundo. 6º.- Condenar a los demandados al pago de las costas y gastos del juicio."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 2 dictó sentencia, con fecha 19 de enero de 2009, cuyo fallo es el siguiente: "Que, desestimando la demanda formulada por OUTSOURCING SIGNO-SERVICIOS INTEGRALES, GRUPO NORTE, S.L., FUNDACIÓN GRUPO NORTE y CORPORACIÓN CASERSA GRUPO NORTE, S.A., contra D. Oscar y contra FUNDACIÓN SUMMA HUMANITATE, debo absolver y absuelvo a estos últimos de los pedimentos en aquella contenidos. Todo ello con especial imposición a la parte demandante de las costas originadas en el proceso."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de OUTSOURCING SIGNO-SERVICIOS INTEGRALES, GRUPO NORTE, S.L., FUNDACIÓN GRUPO NORTE y CORPORACIÓN CASERSA GRUPO NORTE, S.A. se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición por parte de FUNDACIÓN SUMMA HUMANITATE y D. Oscar, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de **Madrid**, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La deliberación, votación y fallo del asunto se realizó con fecha 8 de abril de 2010.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer del tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente litis trae causa de la demanda formulada por las entidades apelantes (en lo sucesivo, "Grupo Norte") contra D. Oscar y FUNDACIÓN SUMMA HUMANITATE (en lo sucesivo, "FSH") en ejercicio de diversas acciones de **competencia desleal**, en concreto la declarativa, la cesatoria y la indemnizatoria, interesando igualmente la publicación de la sentencia y la condena de los demandados a la devolución de documentos en su poder que contengan información confidencial de Grupo Norte, todo ello con fundamento en la realización de actos subsumibles en los artículos 13.1, 14.2 y 5 de la Ley de **Competencia Desleal** (en lo sucesivo, "LCD").

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil desestimó íntegramente la demanda por considerar que no había quedado acreditada la comisión de conducta alguna susceptible de ser calificada como acto de **competencia desleal**. Frente a dicha resolución se alza en apelación Grupo Norte, que insiste en imputar a los demandados un ilícito concurrencial del artículo 5 LCD, alegando como sustento de su posición que el Sr. Oscar, a la sazón director del área de servicios sociales de Grupo Norte, de acuerdo con otros tres trabajadores que constituían junto con él el equipo directivo encargado dentro de Grupo Norte de la rama de negocio atinente a la gestión de enfermerías de congregaciones religiosas, realizó los "actos necesarios" para el trasvase de clientela a FSH, de la que el Sr. Oscar había sido nombrado director y apoderado en la acta fundacional, otorgada meses antes de su desvinculación de Grupo Norte, lo que supuso la práctica eliminación de este último del referido sector de actividad. Igualmente, en el escrito del recurso se atribuye a los demandados otro ilícito concurrencial "de los artículos 13.1 y 14.2 de la Ley de **Competencia Desleal**, pero también del artículo



5", consistente en el uso de información confidencial "y de los procedimientos de gestión" de Grupo Norte. Queda, pues, fuera del ámbito de conocimiento de esta sala, por no haber sido controvertida en el recurso (artículo 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la cuestión atinente a la presunta comisión de un tercer ilícito concurrencial incardinable en el artículo 14.2 LCD (inducción a la terminación regular de contratos), que también se esgrimía en el escrito de demanda.

El discurso impugnatorio de las recurrentes se basa, principalmente, en el reproche a las, en tesis de esta parte, erróneas conclusiones que alcanza el juzgador de primera instancia a partir de la prueba practicada. A ello se dedican, por lo que se refiere al primero de los ilícitos a los que aluden las apelantes, desplazamiento de clientela, las alegaciones tercera y cuarta del escrito de interposición del recurso, y, por lo que se refiere al ilícito consistente en la violación de **secretos**/uso de información confidencial, la alegación quinta. Además, en la alegación segunda se critica la aplicación que en la sentencia de primera instancia se hace de lo que en el escrito de recurso se denomina "teoría de la ineficiencia" y, en la resolución recurrida, "principio de competencia por mérito de las propias prestaciones", y se subraya la incidencia que en la resolución de la litis habría de atribuirse a la infracción del pacto de no concurrencia que ligaba al Sr. Oscar con Grupo Norte, al punto de llegar a afirmarse que, acreditada aquella, ha de considerarse acreditado el acto de **competencia desleal**, todo ello en relación con el primero de los ilícitos más arriba apuntados.

SEGUNDO.- El primer ilícito que se aborda en el recurso es el relativo al trasvase o desplazamiento de clientela. Comenzaremos por señalar que resulta irreprochable el análisis que el juez de primera instancia efectúa de la cuestión atinente al fundamento para la apreciación de un ilícito del artículo 5 LCD en relación con este tipo de situaciones, haciéndolo depender del prevalimiento de ventajas obtenidas no mediante el propio esfuerzo sino parasitando el ajeno (lo que en la resolución recurrida se denominan "conductas ineficientes" o contrarias al "principio de competencia por mérito de las propias prestaciones"), lo que ha de enjuiciarse a la luz de las circunstancias concretas de cada caso. Es el mismo criterio que mantiene esta sala, reflejado, entre otras, en sentencias de 21 de enero y 16 de abril de 2008, y 17 de abril de 2009; como señalábamos en esta última: ".Para poder aplicar a una actuación de captación de clientela la cláusula general de prohibición de la **competencia desleal** (artículo 5 de la LCD) debería quedar demostrado que los demandados hubiesen incurrido en actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, que es lo que permitiría considerar ilícita tal conducta por la contravención del principio objetivo de buena fe. Existen, en efecto, precedentes de la consideración como actos desleales, al amparo de dicha previsión legal, de la consecución de clientela efectuada a costa de otra empresa. Ahora bien, para que se justifique la imputación del juicio de deslealtad hacia ese tipo de actuaciones hace falta que se den unas circunstancias muy significadas. Así, no cabe admitir un concepto patrimonial de la clientela, pues el empresario no ostenta sobre la misma ningún derecho de exclusiva y menos de propiedad, estando sometida a las leyes del mercado, de manera que el ofrecimiento de servicios a la misma no puede reputarse desleal. La clientela no es un bien jurídico que deba permanecer al margen del proceso de selección que implica la competencia. El cliente elige entre los servicios que le ofrece el mercado según su interés, por lo que la captación de clientela no es en sí reprobable salvo que para ello se empleen medios de un tercero. Lo que hubiese sido reprobable es que antes de marcharse los demandados hubieran comenzado a desviarla para la nueva empresa desde el interior de la que estaban a punto de abandonar o que hubiesen empleado de otro modo recursos pertenecientes a ésta para conseguirlo. Acreditar el uso de tales medios ilícitos por los demandados resultaría imprescindible para sostener el reproche de deslealtad./ Además, hay que remarcar la licitud con la que actúa el que estando al corriente del desenvolvimiento y la suerte de las relaciones jurídicas que entablaba su anterior empresario con terceros hayan podido luego procurar el desvío de esos sujetos hacia el ámbito de actuación de la nueva empresa, lo que resulta lícito e incluso entronca de forma intrínseca con las reglas del juego concurrencial. Las habilidades, capacidades, experiencia y conocimiento del sector que componen la formación y capacitación profesional del trabajador son de libre e incluso necesario uso por el mismo, con el consiguiente aprovechamiento por la nueva empresa que lo emplea, en el ulterior desarrollo de su vida laboral, o por la empresa que el antiguo empleado constituye, normalmente dedicada al mismo sector en el que ha adquirido aquellos valores" (énfasis añadido). En la misma línea, en sentencia de

29 de mayo de 2008, afirmábamos: "Respecto de la alegación de que D<sup>a</sup> XXX se ha beneficiado de los contactos y conocimiento que poseía como consecuencia de haber trabajado para la actora, tampoco puede considerarse como una circunstancia constitutiva del carácter concurrencialmente ilícito de la conducta de dicha demandada, puesto que es reiterada la jurisprudencia que declara que las habilidades, capacidades, experiencia y conocimiento del sector que componen la formación y capacitación profesional del trabajador son de libre uso por el mismo. Mientras que no se haga uso de **secretos** industriales o **empresariales** por parte del trabajador para fines distintos de los dispuestos por la empresa que ha dado a esos datos el carácter de **secreto** industrial o **empresarial**, o no concurren otras circunstancias que cualifiquen negativamente la conducta por la distorsión que introducen en el mercado (por implicar obstaculización, expolio, engaño,



confusión, aprovechamiento indebido de esfuerzo o prestigio ajenos, etc), el aprovechamiento por el trabajador, para sí o para otro, de su experiencia y conocimiento del sector no es desleal, por más que dicha experiencia y conocimiento lo haya adquirido trabajando para un tercero."

Con ello no hacíamos sino seguir la posición fijada por nuestro más Alto Tribunal, de la que resultan expresivas, entre las más recientes, las sentencias de 25 de febrero y 8 de junio de 2009, la primera, del siguiente tenor: "En cualquier caso, lo fundamental en la doctrina de esta Sala(.) 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", señalando la segunda lo siguiente: "Es cierto que el mero trasvase de trabajadores de una empresa a otra, aunque aprovechen en la nueva la experiencia adquirida en la anterior de igual o similar actividad, no es suficiente, por sí solo, para integrar un ilícito competencial (SS. 11 y 29 de octubre de 1.999, 1 de abril de 2.002, 26 de julio de 2.004, 28 de septiembre de 2.005, 14 de marzo y 23 de mayo de 2.007 y 3 de julio de 2.008), siendo necesario al respecto que se produzca un aprovechamiento torticero de la información o de la clientela."

De cuanto antecede se desprende que la prosperabilidad de las pretensiones deducidas en la demanda requeriría la identificación de los comportamientos, maniobras, situaciones o circunstancias concretas achacables a los demandados que aportaran la nota de desvalor precisa para que el desplazamiento de la clientela de Grupo Norte a FSH asociada a la marcha a esta última del Sr. Oscar resultase censurable a la luz de la normativa invocada, todo ello acompañado del imprescindible sustento probatorio, lo que, ya se adelanta (a ello nos referiremos con mayor detalle en siguientes apartados) no es el caso.

TERCERO.- Un argumento que aparece de forma recurrente a lo largo del escrito impugnatorio es el relativo a la infracción por parte del Sr. Oscar del deber de no concurrencia que sobre el mismo pesaba, en virtud del contrato laboral de alta dirección que le vinculaba con Grupo Norte, en el que se extendía dicho deber al periodo de los cinco meses posteriores a su cese en la empresa, llegándose a señalar (página 4, folio 1615) la apreciación del ilícito concurrencial que nos ocupa como efecto anudado a la infracción del deber en cuestión.

Disentimos de la apelante en cuanto al carácter automático de la asociación que pretende establecer entre uno y otro factor. Como señalábamos en sentencia de 2 de julio de 2009, ". el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores no configura ningún ilícito concurrencial, por lo que la deslealtad del acto no puede resultar del citado artículo. Dicho precepto no establece ilícito concurrencial alguno, sino una prohibición cuya infracción dará lugar a las consecuencias correspondientes". En sentencia de 9 de mayo de 2008 aparece desarrollado de forma extensa el criterio de la sala, en los siguientes términos: "El examen de los preceptos de la Ley de **Competencia Desleal**, muy especialmente de sus disposiciones generales, interpretadas conforme a la exposición de motivos de la ley, muestra que la Ley de **Competencia Desleal** no está destinada a sancionar incumplimientos contractuales ni a resolver los conflictos entre competidores, sino a convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado, estableciendo los mecanismos precisos para impedir que el principio de libertad de empresa y de libre competencia pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado (exposición de motivos de la ley). Es por ello que la Ley de **Competencia Desleal** tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado (art. 1 de la Ley de **Competencia Desleal**)./ Es en este contexto en el que ha de situarse el art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal**. Cuando la ley reputa desleal "todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe" no puede encuadrarse en el mismo cualquier conducta de cualquier sujeto jurídico objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe, ni siquiera cuando se trata de una conducta con una trascendencia económica./ Para que tal encuadramiento pueda tener lugar es preciso que dicha conducta objetivamente contraria a la buena fe sea susceptible, además, de perturbar el funcionamiento del mercado, de alterar una competencia basada en el mérito, la capacidad y el esfuerzo. Así pues, la transgresión de la buena fe que tiene trascendencia a efectos del art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal** es aquella que afecta a la competencia en el mercado, distorsionándola. De lo contrario, cualquier incumplimiento contractual o cualquier ilícito extracontractual en el que se apreciara una contrariedad a las exigencias de la buena fe y que se realizara en el mercado sería encuadrable en el art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal**". Así pues, ha de entenderse que la vulneración del deber de no concurrencia agota sus efectos en la relación de la que este deriva, con las consecuencias jurídicas específicas establecidas en la normativa laboral o societaria que resulte aplicable, salvo que se aprecien circunstancias que permitan reconducir el supuesto al ámbito de la **competencia desleal**.

En definitiva, la alegada infracción del deber de no concurrencia y de no competencia por parte del Sr. Oscar no tendría por sí sola la virtualidad pretendida por los apelantes a los fines que aquí interesan, de modo





que sus efectos habrían de considerarse, en principio, agotados en la condena indemnizatoria establecida por los órganos de lo social en el proceso seguido ante ellos con fundamento en dicho quebrantamiento, en los términos que resultan de las resoluciones aportadas por esta parte. Todo ello a salvo, se insiste, de que resultasen acreditados factores concomitantes que permitieran encuadrar dicha conducta en el artículo 5 LCD.

CUARTO.- Hechas las anteriores precisiones conceptuales, debemos examinar la justeza de las críticas que la parte apelante formula en relación con la valoración de la prueba y las conclusiones alcanzadas a partir de aquella en la resolución recurrida.

El núcleo del razonamiento de la sentencia de primera instancia para llegar al pronunciamiento desestimatorio de las pretensiones formuladas en la demanda en el particular que nos ocupa es la falta de base para poder afirmar que el trasvase de clientela, desde Grupo Norte a FSH, con ocasión de la marcha a esta última del Sr. Oscar , se hubiese producido violentando el principio de competencia por mérito de las propias prestaciones, del propio esfuerzo y de las propias capacidades; en esta apreciación adquiere un valor determinante la constatación de los vínculos de fidelidad de los clientes hacia el Sr. Oscar surgidos como consecuencia de las intensas relaciones trabadas entre ellos, incluso con anterioridad a la incorporación del Sr. Oscar al Grupo Norte. Frente a ello, en el escrito del recurso se alude a la existencia de "datos objetivos" que pondrían de manifiesto el error del juzgador de primera instancia, considerando la apelante acreditada la comisión de los actos desleales imputados a la contraparte a partir de aquellos datos por los motivos que desgrana en su alegaciones tercera y cuarta.

Ahora bien, esos anunciados "datos objetivos" son más bien escasos, y, en cualquier caso, las más de las veces los aludidos "motivos" no entrañan más que la utilización de los referidos datos, como base de argumentos artificiosos o de carácter meramente especulativo, manifiestamente insuficientes para contradecir la carencia denunciada por el juez a quo, con cuya apreciación coincidimos. Somos conscientes de que las circunstancias que rodean las conductas contraventoras de la libre competencia impiden en numerosas ocasiones una prueba directa y concluyente; ahora bien, ello no autoriza para presentar la indispensable actividad probatoria que incumbe a las partes y la correspondiente actividad valorativa que incumbe a los tribunales en términos tan laxos que pierdan su significación. Esto último es a lo que parece aspirar la parte apelante con su recurso. Aparte las situaciones constatadas de trasvase de clientes (a medida que iban venciendo sus contratos con Grupo Norte) y de infracción del pacto de no concurrencia por parte del Sr. Oscar (declarada por los tribunales de lo social, a partir de dos hechos fundamentales: (i) los poderes de representación que se le otorgaron en el acta fundacional de FSH, 3 meses escasos antes de desvincularse de Grupo Norte; y (ii) la actividad desarrollada en FSH, tras el cese voluntario en Grupo Norte, era similar a la que se ejercía en este último), a las que ya nos referimos con anterioridad señalando su insuficiencia para sustentar los pronunciamientos pretendidos por la parte apelante, los únicos datos objetivos a los que en el escrito del recurso se aluden son los que se refieren a la salida voluntaria de Grupo Norte de los integrantes del equipo directivo encargado de la gestión de las enfermerías de congregaciones religiosas 3 meses antes a la del Sr. Oscar , los relativos a la constitución de FSH por esas mismas fechas, así como los atinentes a la designación del Sr. Oscar como director en el acta fundacional de FSH y los poderes conferidos a aquel para actuar en representación de esta. Pues bien, tales datos no son significativos, ni aisladamente ni en una valoración de conjunto, del ilícito concurrencial denunciado por la parte apelante, no descubriéndose los motivos (más allá de una interpretación puramente voluntarista que resulta excusable, de alguna forma, cuando es la parte quien la hace, pero en modo alguno cuando lo que se pretende es que se comparta por quien debe asumir un rol de imparcialidad) por los que, a partir de los mismos, habría de asumirse que FSH fue constituida a impulso del Sr. Oscar como parte de una estrategia concertada dirigida a aprovecharse del esfuerzo **empresarial** desplegado por Grupo Norte mediante la captación ilícita de su clientela y que dicho aprovechamiento torticero existió. Nos hemos referido a los datos constatados, porque también se añaden aseveraciones a modo de postulados, esto es, de proposiciones cuya verdad parece que deba admitirse sin prueba (como la afirmación de que la composición plural del patronato de FSH es ficticia), o extremos fácticos (el relativo a que la actividad de FSH se centraría, prácticamente en exclusiva, en la prestación de servicios a la clientela traspasada de Grupo Norte) en los que la falta de acreditación pretende hacerse valer a favor de quien los alega, omitiendo su aquietamiento a la denegación por el juez a quo de la prueba que esta misma parte propuso al respecto, para completar la argumentación esgrimiendo la falta de aportación de la documental que constituía el objeto de la propuesta probatoria denegada como fundamento, por el juego de la inversión de la carga de la prueba, para tener por acreditado el hecho en cuestión. Ni lo uno ni lo otro resulta admisible.

En suma, no descubrimos motivos para apartarnos del criterio del juez de primera instancia, estimando acertada la valoración del material probatorio que efectuó, así como las conclusiones que a partir de la misma reflejó en su resolución, las cuales compartimos. Todo ello no puede producir otra consecuencia que la desestimación del recurso en este particular.



QUINTO.- No podemos dejar de señalar la defectuosa técnica que se manifiesta en la alegación quinta del escrito del recurso, al calificar el uso de información confidencial y de los procedimientos de gestión de Grupo Norte que se imputa a los demandados como acto desleal "de los artículos 13.1 y 14.2 de la Ley de **Competencia Desleal**, pero también del artículo 5". Resulta evidente que la conducta denunciada nada tiene que ver con el ilícito tipificado en el artículo 14.2 LCD (consistente en la inducción a la terminación regular de contratos o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena, concurriendo determinadas circunstancias que califican tales conductas). Por lo demás, como de forma concisa y precisa señala la sentencia de nuestro más Alto Tribunal de 25 de febrero de 2009, resumiendo la doctrina por el mismo establecida en relación con el artículo 5 LCD, la función de este precepto "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 estos.", doctrina que hemos reflejado, entre otras muchas, en sentencia de 23 de junio de 2009, en los siguientes términos: ". la jurisprudencia considera que la previsión del art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal** no tiene como función otorgar una tutela duplicada respecto de una misma conducta, de modo que tal conducta se incrimine por alguno de los tipos de conducta desleal establecidos en los arts. 6 a 17 de la Ley de **Competencia Desleal** y asimismo por la cláusula general del art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal**, privando a ésta de su carácter de norma autónoma y completa y de tipo específico de conducta desleal. El Tribunal Supremo ha declarado de modo reiterado que el art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal** es aplicable con independencia de los que le siguen, a actos que no sean los contemplados en estos otros artículos de la Ley de **Competencia Desleal**".

Una vez identificado el artículo 13.1 LCD como marco normativo en el que ha de ser objeto de valoración la conducta atribuida a los demandados, se imponen determinadas precisiones referentes a los términos en que la misma aparece delimitada. En el escrito del recurso se alude, simplemente, al aprovechamiento por los demandados de "información confidencial" y de los "procedimientos de gestión" de Grupo Norte; por lo que se refiere a la primera, hace falta acudir al escrito de contestación para conocer con más detalle (no mucho más, es cierto) a qué tipo de información se está haciendo referencia: listados de clientes e información diversa "de carácter estratégico (estudios de mercado, estadísticas, etc.) y de control".

Con independencia de todas las matizaciones que, desde un punto de vista general, se imponen a la hora de calificar los listados de clientes como **secreto empresarial**, de las que la sentencia de primera instancia se hace adecuado eco (en consonancia con el criterio reflejado en sentencias de esta sala de 22 de octubre de 2007, y 21 de enero y 16 de abril de 2008), más aún en supuestos como en el que nos ocupa, por el conocimiento específico del sector que cabe atribuir al propio demandado, la imputación se presenta con un sustento probatorio extremadamente endeble. En concreto, para acreditar la utilización indebida de información confidencial de Grupo Norte que se achaca a los demandados, las apelantes recurren al mecanismo presuntivo, al señalar que el aprovechamiento de dicha información es la única explicación posible del rápido desarrollo del sector de actividad que nos ocupa por parte de FSH, habida cuenta su escasa dotación. Por otra parte, se aduce (con sustento en el documento nº 21 de la demanda y las ulteriores contestaciones de los testigos propuestos por esta parte al interrogatorio al que fueron sometidos), a modo de hecho autoexplicativo, que evidenciaría de suyo la comisión del ilícito en examen, que cuando el Sr. Oscar devolvió su equipo informático el disco duro se encontraba vacío, contándose entre la información suprimida en el equipo devuelto los archivos correspondientes al programa de gestión utilizado por las entidades del Grupo Norte.

Ya señalamos en párrafos precedentes la particular relevancia que en los pleitos que se suscitan en el sector de la vida jurídica en que nos encontramos pueden llegar a adquirir los medios de prueba indirectos. Ahora bien, para la entrada en juego de las presunciones judiciales el artículo 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige partir de la demostración de un hecho cierto del que, a través de un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, pueda deducirse la certeza del hecho presunto (artículo 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En este sentido, resulta difícil a la sala hacer suyo el razonamiento deductivo sobre el que las apelantes montan su argumentación. Por lo que se refiere a la entrada de FSH en el sector de la gestión de enfermerías de congregaciones religiosas, cabe recordar, en primer lugar, que, como consta en autos, FSH firmó los correspondientes contratos con las entidades que habían sido clientes de Grupo Norte a medida que fueron venciendo los que aquellas tenían suscritos con este, lo que en la gran mayoría de casos, como resulta del propio escrito de demanda (hecho séptimo), acaeció (final de diciembre de 2006) pasado un periodo de tiempo apreciable desde la constitución de la fundación (marzo de ese mismo año); en segundo lugar, los demandados no partían de cero, dada la experiencia en el sector del Sr. Oscar y del equipo que, procedente de Grupo Norte, se incorporó a FSH. Las dificultades expuestas para compartir el planteamiento de las apelantes se acrecientan cuando se trata de deducir la utilización ilícita de la referida información del borrado de archivos del equipo informático del Sr. Oscar .



Por todo ello, también en este particular se impone el rechazo de la impugnación formulada a la sentencia de primera instancia.

SEXTO.- Habida cuenta la desestimación del recurso, las costas derivadas del mismo deben ser impuestas a la parte apelante, de conformidad con el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 394 del mismo cuerpo legal.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

#### **FALLO**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de OUTSOURCING SIGNO-SERVICIOS INTEGRALES, GRUPO NORTE, S.L., FUNDACIÓN GRUPO NORTE y CORPORACIÓN CASERSA GRUPO NORTE, S.A. contra la sentencia dictada el 19 de enero de 2009 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de **Madrid** en el juicio ordinario nº 102/2007 del que este rollo dimana, por lo que confirmamos dicha resolución e imponemos a la parte recurrente las costas derivadas de esta segunda instancia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.