

Roj: **STS 6775/1999 - ECLI:ES:TS:1999:6775**Id Cendoj: **28079110011999101847**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **29/10/1999**Nº de Recurso: **718/1995**Nº de Resolución: **901/1999**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Zaragoza; cuyo recurso fue interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Teresa Pérez de Acosta, en nombre y representación de DIRECCION000 ), D. Pedro Antonio , D. Claudio y D. Héctor , defendidos por el Letrado D. Emilio Palá Laguna; siendo parte recurrida DIRECCION001 ., representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Olga Gutiérrez Alvarez, con la firma del Letrado D. Manuel J. Romeo Lagunas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Miguel Campo Santolaria, en nombre y representación de DIRECCION001 ., formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra DIRECCION000 ), D. Pedro Antonio , D. Claudio y D. Héctor y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia condenatoria de los referidos codemandados en la cual 1º.- Declare la deslealtad del acto y ordene la cesación de la práctica de **competencia desleal** a que se refiere la presente litis así como la prohibición de la continuidad de la misma, de manera que la entidad DIRECCION000 y demás codemandados no pueda continuar haciendo uso del listado de clientes de pasivo del DIRECCION001 , prohibiéndoseles por tanto que puedan concertar operaciones de pasivo con las entidades a personas relacionadas en el referido listado de clientes de DIRECCION001 . Asimismo, ordene que respecto de aquellos clientes del listado con los que hayan realizado alguna operación de pasivo, no vuelvan a realizar una nueva operación de pasivo a vencimiento de la anterior. 2º.- Ordene las medidas necesarias, para que toda vez que ya se ha producido la práctica de **competencia desleal**, se eliminen los efectos producidos por dicha práctica a fin de devolver al perjudicado a la situación anterior a la comisión del ilícito anticoncurrencia. 3º.- Fije, en fase de ejecución de sentencia, los daños y perjuicios ocasionados a mi representado por la práctica de **competencia desleal** llevada a cabo por la entidad DIRECCION000 y demás codemandados, de la que deberán responder solidariamente. 4º.- Ordene la publicación de la sentencia estimatoria de la presente demanda con cargo a los codemandados concretando la forma a través de la cual deberá llevarse a cabo dicha publicación y el contenido exacto, en orden a si deberá publicarse la totalidad o sólo un extracto de la sentencia. 5º.- Fije, en fase de ejecución de sentencia, la cuantía que DIRECCION000 deberá reintegrar a la entidad DIRECCION001 . en concepto de enriquecimiento injusto. 6º.- Imponga las costas del presente procedimiento a los codemandados.

2.- El Procurador D. Guillermo García-Mercadal y García Loygorri, en nombre y representación de DIRECCION000 ), D. Pedro Antonio , D. Claudio y D. Héctor , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario y se absuelva a mis



representados de todo lo que en ella se solicita, haciendo expresa imposición a la actora de todas las costas causadas.

3.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 14 de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 15 de abril de 1.994, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando en parte la demanda planteada por la representación procesal de la entidad DIRECCION001 , contra DIRECCION000 ), D. Pedro Antonio , D. Claudio y D. Héctor , debo declarar y declaro desleal el acto por ellos realizado hasta la fecha de 31 de octubre de 1993, condenándolos a que indemnicen a la actora en los daños y perjuicios sufridos cuyo importe se fijará en ejecución de sentencia atendiendo a los conceptos de daño emergente y lucro cesante, así como a la cantidad que también se fije en ejecución de sentencia en concepto de enriquecimiento injusto; no se hace condena en costas.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de DIRECCION000 ), D. Pedro Antonio , D. Claudio y D. Héctor , al que se adhirió la representación procesal de DIRECCION001 . la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 7 de febrero de 1.995, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de los demandados DIRECCION000 ), D. Pedro Antonio , D. Claudio y D. Héctor , y haber lugar en parte al interpuesto por adhesión por la representación del actor, DIRECCION001 . contra la sentencia de 15 de abril de 1.994, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Zaragoza en los referidos autos de menor cuantía seguidos con el núm. catorce de 1994, resolución que revocamos parcialmente, en cuanto al particular relativo a la imposición de costas en primera instancia, en el sentido de que: condenamos a los demandados dichos al pago de las costas causadas por la actora en el presente juicio en primera instancia. Confirmándose la sentencia en los demás extremos. Se condena a dichos demandados apelantes al pago de las costas originadas por su recurso en esta segunda instancia; no se hace condena en costas en cuanto a las causadas por el recurso de adhesión de la parte actora.

TERCERO.- 1.- La Procuradora D<sup>a</sup> Teresa Pérez de Acosta, en nombre y representación de DIRECCION000 ), D. Pedro Antonio , D. Claudio y D. Héctor , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del principio de libertad de empresa y de libre competencia consagrado en el art. 38 de la Constitución Española. SEGUNDO.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del principio de libre elección de profesión u oficio consagrado en el art. 35.1 de la Constitución española, en relación con el art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley 8/1980, de 10 de marzo. TERCERO.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del principio de protección y defensa de los consumidores y usuarios consagrado en el art. 51.1 de la Constitución española. CUARTO.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por indebida aplicación, del art. 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **Competencia Desleal**. QUINTO.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por indebida aplicación, del art. 14 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **Competencia Desleal**. SEXTO.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por no haberse tomado en consideración para el enjuiciamiento del supuesto litigiosos, del art. 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **Competencia Desleal**. SEPTIMO.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del art. 3.1 del código civil, sobre interpretación de las normas jurídicas en relación con los arts. 13 y 14 de la Ley de **Competencia Desleal**. OCTAVO.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del art. 18.5ª de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **Competencia Desleal**, sobre la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, en relación con el art. 1902 del Código civil. NOVENO.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del art. 18.6ª de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **Competencia Desleal**, sobre la acción de enriquecimiento injusto. DECIMO.- Al amparo del ordinal 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del art. 523 de esta ley sobre imposición de costas.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procuradora D<sup>a</sup> Olga Gutiérrez Alvarez en nombre y representación de DIRECCION001 , presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto de contrario.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 18 de octubre de 1.999, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formuló demanda por la representación procesal de DIRECCION001 . ejercitando cinco de las acciones ( art. 18, números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º) que prevé la ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal**, estimando que ésta venía determinada por la explotación de **secretos empresariales** por parte de las tres codemandadas personas físicas, que contempla el art. 13.1 y la inducción a la misma por la persona jurídica codemandada, que regula el art. 14.2.

La sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 14 de Zaragoza estimó parcialmente la demanda; declaró la deslealtad y condenó a indemnizar, no estimando el resto de acciones ejercitadas y no impuso condena en costas. La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 4ª, de Zaragoza, de 7 de febrero de 1995 confirmó la anterior, salvo en las costas, que las impuso, las de primera instancia, a los demandados.

El recurso de casación que ha interpuesto la parte demandada contra la sentencia de la Audiencia Provincial se integra de diez motivos, todos fundados en el nº 4º (menos el último) del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y prácticamente todos basados en la calificación de que la actuación no fue constitutiva de **competencia desleal**, pues la clientela no es un **secreto empresarial**; el décimo basado en el nº 3º del art. 1692, se refiere a la imposición de las costas de primera instancia, que hace la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Los hechos son indiscutidos; tal como los expone la sentencia de la Audiencia Provincial: los demandados Sres. Pedro Antonio , Claudio e Héctor , hasta el 25 de junio de 1993, en que cesaron voluntariamente, desempeñaban respectivamente, los cargos de Coordinador de zona de Aragón y Rioja, Director de la oficina principal, Jefe de Producción y Adjunto de la Dirección en el Banco demandante en la oficina principal de Zaragoza. El Banco demandado, desde el año 1973, viene ocupando un local ubicado en la CALLE000 nº NUM000 - piso NUM001 , en Zaragoza, estando integrada su plantilla por un solo empleado. En septiembre de 1993 procede a la apertura de una oficina, en la CALLE000 nº NUM002 , estando integrada su plantilla por cuatro empleados, tres de los cuales procedían del DIRECCION001 , incorporados a la plantilla de DIRECCION000 en 1 de julio de 1993. Los tres ex-empleados del Banco actor, haciendo uso del listado de clientes de su antigua empresa -en la que figuran nombres y domicilios, así como el pasivo concertado con el DIRECCION001 y sus condiciones principales, como vencimientos de los depósitos, y tipos de interés pactados- se dirigen a ellos en número al menos de 270, obteniendo la captación de pasivo.

La calificación jurídica sí es discutible. La lista de clientes de una entidad bancaria, o de cualquier otra entidad **empresarial**, es accesible a todo el personal directivo. Es indudable, tal como se dice en las sentencias de instancia, que la clientela es un elemento esencial de la empresa y de toda actividad comercial. Lo que es dudoso es si, además, tiene la categoría de **secreto empresarial**, como así lo sostiene la parte demandante y estiman las sentencias de instancia. Esta Sala no admite esta calificación: el listado o la relación de la clientela no es un **secreto empresarial**. Sin embargo, el hecho del empleado o empleados de una empresa, que inducidos por otra, de la competencia, aprovechan el listado de la clientela de la primera para hacer ofrecimiento de los servicios de la segunda, esta Sala considera que son objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe, tal como contempla el art. 5 de la Ley. Es decir, los hechos que se han alegado en la demanda y han sido relacionados como indiscutidos en la sentencia de instancia, no son violación de **secretos** sino actos de mala fe; son actos de **competencia desleal**, no por lo previsto en los arts. 13.1 y 14.2 de la Ley, sino por ser objetivamente contrarios a la buena fe, como prevé el art. 5 de esta Ley de **competencia desleal**, que no es sino la derivación del principio general de la buena fe, que proclama el art. 7.1 Código civil y que es la base de la normativa jurídica y de la convivencia social.

TERCERO.- Partiendo de las consideraciones anteriores, debéanse analizar los motivos de casación, comenzando con los tres primeros que estiman que ha habido infracción de normas constitucionales y, concretamente, de los principios de libertad de empresa y de libre competencia (art. 38), de libre elección de profesión u oficio (art. 35.1) y de protección y defensa de consumidores y usuarios (art. 51.1). Ninguna infracción hay de norma constitucional, ya que la actuación de los demandados se estima objetivamente contraria a la buena fe y, como tal, constitutiva de **competencia desleal** según el art. 5 de la Ley. No se plantea, aunque sí se planteó en la instancia, los principios de libertad de empresa y de libre competencia y de libre elección de profesión u oficio; el de protección de consumidores nunca se cuestionó ni podía discutirse, pues es ajeno al presente tema.

Ciertamente, esta Sala, en sentencia de 11 de octubre de 1999 dice, en su fundamento 4º: hay que partir del principio constitucional de libertad de empresa y del principio económico de libre competencia, uno y otro de acuerdo con la ley, con las limitaciones que ésta pueda imponer. La sociedad demandante y recurrente en casación no puede impedir a un empleado suyo -codemandado- que deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante, para la que precisamente estaba profesionalmente preparado: no había previsto en su contrato de trabajo una cláusula de no concurrencia y no es posible jurídicamente coartar la profesión ajena; tampoco



puede impedir que se constituya una sociedad que tenga una actividad en parte coincidente con la suya; por último, no puede evitar que aquel empleado pase a desarrollar su actividad profesional en esta nueva empresa; Pero en el caso presente, la cuestión fáctica es distinta y a la vista de los hechos que se han acreditado debe mantenerse la realidad de la **competencia desleal** por la conducta objetivamente contraria a la buena fe.

CUARTO.- Los motivos cuarto, quinto y séptimo se refieren a la aplicación o a la interpretación errónea de los artículos 13 y 14 de la Ley de **competencia desleal**, relativos a la violación de **secretos** y a la inducción para ello; ya se ha expuesto que no hay tal violación de **secretos** y que la actuación de los demandados es constitutiva de **competencia desleal** no por aplicación de los artículos 13 y 14, sino del artículo 5 en cuanto reitera el principio de buena fe en el mundo del Derecho y lo impone en las relaciones jurídicas de la competencia. En el desarrollo de todos estos motivos conviene distinguir dos partes: en primer lugar, en cuanto exponen hechos distintos de los que declara acreditados la sentencia de instancia: se hace supuesto de la cuestión, lo que no es admisible en casación (así, sentencias de 20 de mayo de 1998, 1 de junio de 1998, 19 de octubre de 1998, 29 de diciembre de 1998 y 18 de octubre de 1999); en segundo lugar, en cuanto impugna la calificación jurídica de **competencia desleal** por **secreto empresarial** (del listado de clientes) y violación del mismo por los demandados recurrentes: ya se ha dicho que esta Sala estima que no procede tal calificación, pero ello no da lugar a la casación, ya que si estima, como así ocurre, que es **competencia desleal**, con los mismos hechos acreditados, pero con base jurídica distinta, por comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, se produce la confirmación de la sentencia de instancia por fundamentos distintos (así, sentencias de 21 de junio de 1998 y 6 de octubre de 1998).

En cuanto al motivo sexto, alega infracción, literalmente, "por no haberse tomado en consideración para el enjuiciamiento del supuesto litigioso, del artículo 5..." y precisamente este artículo es el que toma en consideración esta Sala para, con los hechos que declara acreditados la sentencia de instancia, estimar que se ha producido una actuación de **competencia desleal** por todos los demandados que observaron el comportamiento descrito y que debe ser calificado como objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

El motivo octavo relativo a la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios, que contempla el artículo 18, número 5º, de la Ley de **competencia desleal** deriva de la apreciación de la realidad de ésta, que sí se reconoce y por tanto, debe desestimarse el motivo.

QUINTO.- Distinto es el tratamiento que merecen los dos últimos motivos, que sí deben estimarse.

El motivo noveno alega que ha habido infracción del artículo 18.6º, de la Ley de **competencia desleal**, que contempla, como derivada de la misma, la acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico. Esta acción no es de enriquecimiento injusto propiamente dicho y en el sentido preciso que tiene en el Derecho civil, como principio general del Derecho y fuente de la obligación de reparar y restituir la atribución patrimonial que se ha producido sin causa, siempre como acción subsidiaria en el sentido de aplicarse cuando no haya ley que conceda una acción específica (así, sentencia de 19 de febrero de 1999). Pero sí es una acción típica derivada de la **competencia desleal** y que exige un presupuesto de derecho de exclusiva u otro de análogo contenido económico. Y ni uno ni otro se reconocen como hechos en las sentencias de instancia y ni la de primera ni la de segunda instancia la razonan; la del Juzgado de 1ª instancia, explica la acción de resarcimiento (art. 18.5º) y añade, sin más: "...y la de enriquecimiento injusto cuyo importe también se fijará en fase de ejecución de sentencia" y la de la Audiencia Provincial no hace la más mínima referencia. Por tanto, por falta de sus presupuestos necesarios, debe eliminarse, acogiendo este motivo de casación.

Asimismo se acoge el motivo décimo en que se denuncia infracción del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre imposición de costas en primera instancia. Este artículo prevé la condena en costas en la primera instancia a la parte cuyas pretensiones hubiesen sido totalmente rechazadas; y dispone que no haya condena si la estimación o desestimación fueren parciales. En el caso presente, la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia estima "en parte la demanda" como dice literalmente y, ciertamente, el largo suplico de la misma no es estimado totalmente, sino parcialmente; pese a ello, la sentencia de la Audiencia Provincial sin razonar debidamente que haya circunstancias excepcionales o que haya méritos para imponerlas por su temeridad, como prevé el mismo artículo 523, revoca la sentencia del Juzgado y las impone a los demandados indebidamente e infringiendo ese artículo 523 (en este sentido, sentencia de 4 de mayo de 1999).

SEXTO.- Estimando, pues, dichos dos motivos de casación, la Sala resolverá lo que proceda dentro de los términos en que ha sido planteado el debate, como dice el artículo 1715.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido que ha sido expuesto de negar la acción del llamado enriquecimiento injusto y de no condenar a la parte demandada en las costas de primera instancia.



En cuanto a las costas, conforme a lo dispuesto en el artículo 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede condena ninguna de las partes en las instancias ni en este recurso.

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

### FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, formulado por la Procuradora D<sup>a</sup> Teresa Pérez de Acosta, en nombre y representación de DIRECCION000 ), D. Pedro Antonio , D. Claudio y D. Héctor , contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, con fecha 7 de febrero de 1.995, la cual CASAMOS y ANULAMOS y, en su lugar, confirmamos la dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia excepto en la condena "a la cantidad que también se fije en ejecución de sentencia en concepto de enriquecimiento injusto" que también anulamos.

En cuanto a las costas, no se hace condena a ninguna de las partes en primera ni en segunda instancia ni en este recurso de casación en que cada parte satisfará las suyas.

Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- JOSE ALMAGRO NOSETE.- ANTONIO GULLON BALLESTEROS.- XAVIER OCALLAGHAN MUÑOZ.- RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, 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.