



Roj: **STS 3689/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3689**

Id Cendoj: **28079110012014100430**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/09/2014**

Nº de Recurso: **2733/2012**

Nº de Resolución: **445/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 14089/2012,**
STS 3689/2014

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 445/2014

Fecha Sentencia : 04/09/2014

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº : 2733 / 2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 09/07/2014

Ponente Excmo. Sr. D. : Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona **Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls **Escrito por :** MRP

Nota:

Recurso extraordinario por infracción procesal. No es una tercera instancia que permita volver a exponer toda la complejidad fáctica del litigio y pretender la completa revisión de la valoración de la prueba. Carga de la prueba: alcance y significado.

Recurso de casación. Competencia desleal. Actos de denigración. Ineptitud denigratoria de manifestaciones que solo muestran el disgusto por el trato recibido de sus antiguos socios por no ser aptas para afectar la transparencia del mercado y la adopción de decisiones en el mismo.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 2733/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena

Votación y Fallo: 09/07/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

**SENTENCIA N°: 445/2014****Excmos. Sres.:****D. José Ramón Ferrándiz Gabriel****D. Antonio Salas Carceller D. Ignacio Sancho Gargallo D. Rafael Sarazá Jimena****D. Sebastián Sastre Papiol**

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación núm. 2733/2012, interpuesto por la entidad "Consultorio Dexeus, S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D. Anibal Bordallo Huidobro, bajo la dirección letrada de D. Fernando de la Mata y D. Ignacio Marqués Jarque, contra la sentencia núm. 274/2012, de 25 de julio, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 619/2011, dimanante de las actuaciones de procedimiento ordinario núm. 375/2010, seguidas ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona. Ha sido parte recurrida D. Jesús Carlos, representado ante esta Sala por D. Manuel Lanchares Perlado, bajo la dirección letrada de D. Montiano Monteagudo y D. Cristian Gual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las entidades "Consultorio Dexeus, S.A." y "Santiago Dexeus Font Fundació Privada", presentaron ante el Decanato de los Juzgados de Barcelona, con fecha 23 de abril de 2010, demanda de juicio ordinario contra D. Jesús Carlos, que, una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 y fue registrada como procedimiento ordinario núm. 375/2010, cuyo suplico decía: « [...] dictar sentencia en la que se contengan los siguientes pronunciamientos declarativos y de condena frente al demandado:

*Demanda de Juicio Ordinario**I. En cuanto a la acción de competencia desleal por actos de denigración ejercitada por Consultorio Dexeus, S.A.P**Declaraciones**(a) Que se declare que Don. Jesús Carlos ha difundido en el mercado español las manifestaciones referidas en el Hecho Cuarto de la demanda, que se dan aquí por reproducidas, manifestaciones denigrantes que son inexactas, falaces, impertinentes y aptas para menoscabar el crédito de CONSULTORIO DEXEUS., S.A.P. (en adelante las MANIFESTACIONES).**(b) Que las manifestaciones constituyen un acto de competencia desleal en el mercado por ser un acto de denigración, mediando mala fe por parte del Sr. Jesús Carlos.**(c) Que las manifestaciones son aptas para causar y han causado daño a Consultorio Dexeus, S.A.P.**Pronunciamientos de condena.**(a) Que se condene Don. Jesús Carlos a estar y pasar por las anteriores declaraciones.**(b) Que se condene al Sr. Jesús Carlos al cese de inmediato en la difusión de las manifestaciones acerca de Consultorio Dexeus, S.A.P., sus socios o profesionales, con prohibición expresa de reiniciarlas en el futuro.**(c) Que se condene al Sr. Jesús Carlos a la remoción de los efectos producidos por el acto desleal. (d) Que se condene al Sr. Jesús Carlos a publicar o emitir notas rectificativas en todos los medios de información, incluido Internet y páginas web, en el que se difundieron las manifestaciones (por denigradoras e incorrectas) que deberán contener expresa mención a (i) que los hechos objetivos relativos a su desvinculación de Consultorio Dexeus, S.A., (ii) a que Consultorio Dexeus, S.A.P. nunca ha "maltratado" a paciente alguna ni ha enviado cartas "insultantes y degradantes" a las pacientes y (iii) a que Consultorio Dexeus, S.A.P. nunca ha difundido informaciones falsas" en relación a la vinculación de Sr. Jesús Carlos a Consultorio Dexeus, S.A.P.**II. En cuanto a la acción de competencia desleal por actos contrarios a la buena fe y de confusión ejercitada por CONSULTORIO DEXEUS, S.A.P.**Declaraciones**(a) Que se declare que Don. Jesús Carlos ha actuado deslealmente y ha llevado a cabo actos objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe consistentes en*



- i. instrumentalizar la sociedad Instituto Santiago Dexeus S.L.P. para ocultar la infracción del pacto de no competencia post- contractual, idóneos para generar confusión en el mercado
- ii. auspiciar la constitución de la Fundació Escuela Dexeus, entidad que por su denominación y actividades es idónea para generar confusión en el mercado y
- iii. hostigar a las pacientes de Consultorio Dexeus, S.A.P. mediante el envío de cartas personalizadas no solicitadas, emplazando a dichas pacientes en la Clínica Tres Torres a citas que las mismas no han solicitado, imputándole Consultorio Dexeus, S.A.P. la formulación de "informaciones falsas".

(b) Que tales actos constituyen una conducta de obstaculización en el mercado calificable como acto de competencia desleal contrario a la buena fe.

(c) Que tal acto es apto para causar y ha causado daño a Consultorio Dexeus, S.A.P. Pronunciamientos de condena.

(a) Que se condene Don. Jesús Carlos a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

(b) Que se condene al Sr. Jesús Carlos al cese de inmediato en la comisión de actos de mala fe concurrencial, cesando en la instrumentalización de la sociedad Instituto Santiago Dexeus, S.L.P. y la Fundación Escuela Dexeus para ocultar la infracción del pacto de no competencia post- contractual, y en el envío de cartas no solicitadas a las pacientes de Consultorio Dexeus, S.A.P. emplazando a citas no solicitadas en la Clínica Tres Torres, viniendo obligado a remover los efectos de tales actos mediante la publicación de la sentencia en la forma indicada infra.

Comunes a .I y .II (esto es, a todas las acciones por competencia desleal ejercitadas por Consultorio Dexeus, S.A.P).

(a) Que se condene al Sr. Jesús Carlos a satisfacer a Consultorio Dexeus, S.A.P. la indemnización por daños morales, que estimativamente se cifran en 300.000.- euros derivados de la comisión de los actos de competencia desleal, que se relacionan en los precedentes hechos cuarto a décimo.

(b) Que se condene al Sr. Jesús Carlos a publicar el encabezamiento y fallo de la Sentencia en (i) dos periódicos de información general de ámbito nacional y (ii) en dos publicaciones sectoriales de ámbito médico-ginecológico, a elección de Consultorio Dexeus, S.A.P. y a costa del demandado.

2. En cuanto a la acción de reclamación por incumplimiento de pacto de no competencia derivado de la infracción por parte del demandado del Reglamento de Régimen Interno (Pacto noveno) ejercitada por Consultorio Dexeus, S.A.P.

Declaraciones:

(a) Que existe entre las partes un pacto de no competencia estipulado en el pacto noveno del Reglamento vigente de Régimen Interno de fecha 25/05/1995 con efectos desde la fecha de su efectiva baja, esto es, el 8/ 07/ 2009 y con un año de duración.

(b) Que, por haberse incorporado el demandado a la Clínica Tres Torres en infracción de dicho pacto, se declare que Don. Jesús Carlos ha incumplido el pacto de no competencia derivado de la infracción por parte del demandado del Reglamento de Régimen Interno (Pacto noveno).

(c) Que la actividad del Sr. Jesús Carlos bajo la sociedad "Instituto Santiago Dexeus, S.P.L." supone igualmente un incumplimiento del Reglamento de Régimen Interno (Pacto noveno).

Pronunciamientos de condena.

(a) Que se condene al Sr. Jesús Carlos a estar y pasar por la anterior declaración, adecuando su conducta a la misma.

(b) Que se condene al Sr. Jesús Carlos a satisfacer los daños y perjuicios sufridos por Consultorio Dexeus, S.A.P. a consecuencia de dicha infracción contractual en el importe de 732.545 - Euros, conforme a lo acordado en el pacto noveno del Reglamento de Régimen Interno de fecha 25/05/1995, o subsidiariamente la cantidad inferior que resulte probada.

3. En cuanto a la acción de nulidad de marca española núm.2.841.396 "FSDF" en clases 41, 42 y 44 ejercitada por LaFundació Santiago Dexeus Font. Declaraciones:

(a) Que la marca española núm 2.841.396 "FSDF" en clases 41, 42 y 44 fue solicitada por Don. Jesús Carlos de mala fe.

(b) Que la marca española núm 2.841.396 "FSDF" en clases 41, 42 y 44 adolece de causa de nulidad absoluta.

Pronunciamientos de condena.



(a) Que se condene al Sr. Jesús Carlos a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

(b) Que se ordene a la Oficina Española de Patentes y Marcas a cancelar la marca española núm. 2.841.396 "FSDF" en clases 41, 42 y 44.

Subsidiariamente, y para el caso de que no prospere la acción de nulidad basada en motivos absolutos, acción de nulidad relativa ejercitada igualmente por la Fundació Santiago Dexeus Font :

Declaraciones:

(a) Que la marca española núm. 2.841.396 "FSDF" en clases 41,42 y 44 adolece de causa de nulidad relativa por presentar semejanzas con los derechos registrales previos de la Fundació Santiago Dexeus Font (Marca española 2.751.913 y marcas comunitarias 1.015.320 y 5.646.518 y denominación de la propia Fundació Santiago Dexeus Font), con causación de riesgo de confusión.

(b) Que la marca española núm. 2.841.396 "FSDF" en clases 41,42 y 44 adolece de causa de nulidad relativa, por inducir a confusión y asociación a los consumidores.

Pronunciamientos de condena:

i. Que se condene al Sr. Jesús Carlos a estar y pasar por la anterior declaración.

ii. Que se ordene a la Oficina Española de Patentes y Marcas a cancelar la marca española núm. 2.841.396 "FSDF" en clases 41,42 y 44.

II. COMUNES A TODAS ACCIONES.

Que se condene a Sr. Jesús Carlos al pago de las costas procesales, para el caso de que se oponga a las pretensiones de la demanda .»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada, quien, en su escrito de contestación a la demanda, suplicó al Juzgado: «[...] dicte Sentencia en la que desestime íntegramente las pretensiones formuladas por la parte actora en sudemanda, condenándola, asimismo, al pago de las costas causadas por la tramitación del presente procedimiento. »

TERCERO.- En el escrito de contestación a la demanda, se anunció mediante otrosí la renuncia del demandado a la marca española núm. 2.841.396 "FSDF" y, por tanto, la satisfacción extraprocésal respecto de tal pretensión. Tal manifestación se reiteró en un escrito independiente presentado en la misma fecha que el escrito de contestación a la demanda.

La parte actora se opuso a la satisfacción extraprocésal por entender se trataba de un allanamiento parcial. Celebrada la audiencia prevista en el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se acordó no haber lugar a la continuación del procedimiento por satisfacción extraprocésal.

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada- juez de lo mercantil núm. 8 de Barcelona dictó la sentencia núm. 221/2011, de 15 de junio , cuyo fallo disponía: « *Estimo parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de Consultorio Dexeus S.A.P. con los siguientes pronunciamientos:*

1. *En cuanto a la acción de competencia desleal por actos de denigración ejercitada por Consultorio Dexeus, S.A.P., declaro que Don. Jesús Carlos ha difundido en el mercado español las manifestaciones referidas en el fundamento cuarto de la sentencia, que se dan aquí por reproducidas, manifestaciones denigrantes que son inexactas, falaces, impertinentes y aptas para menoscabar el crédito de Consultorio Dexeus, S.A.P. y que constituyen un acto de competencia desleal en el mercado por ser un acto de denigración y son aptas para causar y han causado daño a Consultorio Dexeus, S.A.P.*

Y condeno al Sr. Jesús Carlos a estar y pasar por las anteriores declaraciones, al cese de inmediato en la difusión de las manifestaciones referidas acerca de Consultorio Dexeus, S.A.P., sus socios o profesionales, con prohibición expresa de reiniciarlas en el futuro. Y condeno al Sr. Jesús Carlos a publicar o emitir notas rectificativas en todos los medios de información, incluido Internet y páginas web, en el que se difundieron las manifestaciones (por denigradoras e incorrectas) que deberán contener expresa mención a (i) que los hechos objetivos relativos a su desvinculación de Consultorio Dexeus, S.A. (ii) a que Consultorio Dexeus, S.A.P. nunca ha "maltratado" a paciente alguna ni ha enviado cartas "insultantes y degradantes" a las pacientes y (iii) a que Consultorio Dexeus, S.A.P. nunca ha difundido "informaciones falsas" en relación a la vinculación de Sr. Jesús Carlos a Consultorio Dexeus, S.A.P. Todo ello a costa del demandado.

Desestimo la acción de competencia desleal por actos contrarios a la buena fe y de confusión ejercitada por Consultorio Dexeus, S.A.P.



Y condeno al Sr. Jesús Carlos a satisfacer a Consultorio Dexeus, S.A.P. la indemnización por daños y perjuicios por daños morales que ascienden a 100.000 euros.

2. En cuanto a la acción de reclamación por incumplimiento de pacto de no competencia derivado de la infracción por parte del demandado del Reglamento de Régimen Interno (Pacto noveno) ejercitada por Consultorio Dexeus, S.A.P. declaro que existe entre las partes un pacto de no competencia estipulado en el Pacto noveno del Reglamento vigente de Régimen Interno de fecha 25/05/1995 con efectos desde la fecha de su efectiva baja, esto es, el 18/12/2008 y con un año de duración.

Y declaro que la actividad del Sr. Jesús Carlos bajo la sociedad "Instituto Santiago Dexeus, S.L.P" supone un incumplimiento del pacto de no competencia previsto en el Reglamento de Régimen Interno (Pacto noveno)»

Y condeno al Sr. Jesús Carlos a estar y pasar por la anterior declaración y a satisfacer los daños y perjuicios sufridos por Consultorio Dexeus, S.A.P. a consecuencia de dicha infracción contractual en el importe de 732.545.- Euros, conforme a lo acordado en el Pacto noveno del Reglamento de Régimen Interno de fecha 25/05/1995.

3. No se hace expresa imposición de costas por lo que cada parte deberá hacer frente a las suyas y a las comunes por mitad. »

Tramitación en segunda instancia

QUINTO.- El demandado recurrió en apelación la sentencia dictada en primera instancia y solicitó la revocación de los pronunciamientos estimatorios de la demanda interpuesta por las actoras contenidos en la sentencia recurrida, así como la imposición a las mismas de las costas en ambas instancias.

SEXTO.- Del recurso interpuesto se dio traslado a los apelados, quienes solicitaron su desestimación íntegra.

SÉPTIMO.- La resolución del recurso de apelación correspondió a la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, quien dictó la sentencia núm. 274/2012, de 25 de julio, con el siguiente fallo:

« Estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Jesús Carlos contra la sentencia dictada en fecha 15 de junio de 2011, que revocamos. Dejamos sin efecto sus pronunciamientos declarativos y de condena y, en consecuencia, desestimamos la demanda interpuesta por Consultorio Dexeus S.A.P., sin imposición de costas en ninguna de las dos instancias. »

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

OCTAVO.- La entidad "Consultorio Dexeus, S.A.P." interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia núm. 274/2012, de 25 de julio, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona.

El recurso extraordinario por infracción procesal se interpuso con base en los siguientes motivos:

» *Motivo primero.- Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC, por*

infracción del art. 24.2 CE, al vulnerar el principio del proceso debido, que incluye el derecho a un "juez imparcial". Trascendencia en la esfera de derechos humanos de la causa y acogimiento constitucional: "Previa toma de posición anímica".

» *Motivo segundo.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por infracción del art. 24.1 y 24.2 CE, al haberse producido un error patente en la valoración de la prueba documental (en concreto, doc. 30 y 31 de la demanda): Inexistencia de desvinculación del Dr. Jesús Carlos "Tajante, abrupta y súbita". Contradicción de hechos probados e irracionalidad de la inferencia.*

» *Motivo tercero.- Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24.1 CE, al llegar la sentencia recurrida a conclusiones absurdas opuestas a los hechos que declara probados. Afirmaciones apodícticas huérfanas de sustento de que Consultorio Dexeus, S.A.P. "podía" estar infringiendo la confidencialidad de las historias clínicas de pacientes.*

» *Motivo cuarto.- En el motivo 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24.1 CE, al llegar la sentencia recurrida a conclusiones absurdas opuestas a la literalidad de la prueba documental (en concreto, doc. 5 y 6 de la contestación a la demanda) no contradicha por otros medios. La comunicación de la baja del Dr. Jesús Carlos. Imputación pública a Consultorio Dexeus, S.A.P. de "difusión de falsedades".*

» *Motivo quinto.- Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24.1 CE, al llegar la sentencia recurrida a conclusiones absurdas opuestas a la literalidad de la prueba documental (en concreto, doc. 13.7 y 5 de la demanda) no contradicha por otros medios. "Que no maltraten a mis pacientes", "Mis pacientes tienen que ir a humillarse", reclamación a Consultorio Dexeus, S.A.P. de "sentido ético", "cartas insultantes y desagradables con las pacientes".*



» **Motivo sexto.**- Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC , por infracción del art. 24.1 CE , al llegar la sentencia recurrida a conclusiones absurdas opuestas a la literalidad de la prueba documental (en concreto, doc. 5, 14, 15 y 16 de la demanda) no contradicha por otros medios. Expresiones apodícticas huérfanas sobre Consultorio Dexeus, S.A.P. y sus integrantes. Proyección de dudas en el mercado acerca de un competidor.

» **Motivo séptimo.**- Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC , por infracción del art. 24.1 CE , al llegar la sentencia recurrida a conclusiones absurdas respecto del contenido del doc. 19 de la demanda, en tanto pretende que "recuperar los valores Dexeus" de quien ha salido del Consultorio Dexeus, S.A.P. no causa desprestigio en el mercado.

» **Motivo octavo.**- Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC , por infracción del art. 24.2 CE , al haber incurrido en un error patente en la valoración de un supuesto dictamen pericial como "prueba pericial" aportada por el demandado el 10 de diciembre de 2010 (folio 1.330 y siguientes), y al haber llegado a conclusiones absurdas e infundadas que contradicen el propio y otros medios de prueba.

» **Motivo noveno.**- Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC , por infracción del art. 24.2 CE , al haber incurrido en un error patente en la valoración de la prueba documental de "informe de detectives" acompañado como doc. 46 de la demanda.

» **Motivo décimo.**- Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC , por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.1 CE : Valoración errónea, arbitraria, ilógica y contradictoria de la prueba pericial, absolutamente contraria a la "sana crítica" (artículo 348 LEC ("pericial" a folio 1.330 y siguientes de los autos).

» **Motivo decimoprimer.**- Al amparo del motivo 2º del art. 469.1 LEC , por infracción del art. 217.4 LEC en relación con el art. 217.1 LEC , al no haberse aplicado la carga de la prueba específica en los litigios de competencia desleal y las consecuencias inherentes.

» **Motivo decimosegundo.**- (Subsidiariamente al anteriormente formulado) en el motivo 4º del art. 469.1 LEC , por infracción del art. 24.2 CE , al conculcar el principio de igualdad de armas" en el proceso, integrado en el principio de proceso debido».

El recurso de casación se fundamentó en los motivos que a continuación se transcriben: » **Motivo primero del recurso de casación:** Al amparo del art. 477.1 LEC , por infracción de los arts. 2.1 y 2.2 LCD y de la jurisprudencia que los desarrolla: Existencia de finalidad concurrencial en las comunicaciones del demandado e idoneidad para promover sus prestaciones.

» **Motivo segundo del recurso de casación:** Al amparo del art. 477.1 LEC : Infracción del artículo 9 LCD y de la jurisprudencia que lo desarrolla.

» **Motivo tercero del recurso de casación:** Al amparo del art. 477.1 LEC , por infracción del art. 32.1.5 LCD (redactado por Ley 29/2009 - antiguo art. 18.5 LCD) y art. 32.2 LCD , al denegar implícitamente la sentencia toda indemnización por daños y la rectificación en el mercado. Infracción del principio ex re ipsa.»

NOVENO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta sala, con emplazamiento de las partes. Personadas las mismas a través de los procuradores reseñados en el encabezamiento de esta resolución, se dictó auto de 17 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva decía:

« La Sala acuerda:

» 1º) Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Consultorio Dexeus SAP contra la sentencia dictada con fecha 25 de julio de 2012, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en el rollo de apelación nº 619/11 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 375/10, del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Barcelona.

» 2º) Y entréguese copias del escrito de interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formalizados por la parte recurrente, 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 la secretaría. » **DÉCIMO.**- D. Jesús Carlos , se opuso a los recursos interpuestos de contrario.

UNDÉCIMO.- Al no haber solicitado todas las partes personadas la celebración de vista, quedó el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

DUODÉCIMO.- La representación de "Consultorio Dexeus, S.A.P." solicitó, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 270 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la unión a los autos de la sentencia 438/2013, de 4 de diciembre, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona . De dicha petición



se dio traslado a la representación procesal de la parte recurrida, quien solicitó a esta Sala no se tuviera en consideración.

DECIMOTERCERO.- Se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el presente recurso previa votación y fallo del mismo, señalándose para que éstos tuvieran lugar el 9 de julio de 2014.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Rafael Sarazá Jimena** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- Las entidades "Consultorio Dexeus, S.A.P." (en lo sucesivo, Consultorio Dexeus) y "Fundación Santiago Dexeus Font" interpusieron demanda contra D. Jesús Carlos en la que la primera ejercitaba acciones declarativas y de condena por actos desleales de denigración, contrarios a la buena fe y de confusión, declarativas y de condena por incumplimiento de pacto de no competencia, y la segunda, acciones de nulidad de marca.

Durante la tramitación del litigio en primera instancia, se dictó auto acordando no haber lugar a continuar el juicio respecto de esta segunda acción por haber sido satisfecha extraprocesalmente.

2.- El juzgado mercantil que conoció el litigio en primera instancia dictó sentencia en la que, resumidamente, consideró prescritas las acciones fundadas en la realización de actos contrarios a la buena fe (la remisión por el demandado de cartas a las pacientes), desestimó las acciones de competencia desleal por actos de confusión, consideró que el demandado había cometido actos desleales de denigración por la realización de diversas declaraciones, manifestaciones y comunicaciones relacionadas más o menos directamente con el conflicto que le enfrentaba al Consultorio Dexeus, y condenó por tal motivo al demandado al pago de una indemnización de 100.000 euros y a la publicación de una declaración rectificadora; y, por último, consideró también infringida la cláusula de no competencia acordada en el reglamento de régimen interno de la sociedad para el caso de baja de los socios pues aunque no podía afirmarse que el demandado se hubiera incorporado a la clínica Tres Torres, sí se había integrado en la estructura de "Instituto Santiago Dexeus, S.L.P." (en lo sucesivo, Instituto Santiago Dexeus), por lo que condenó al demandado al pago de una indemnización de 732.545 euros.

3.- El demandado recurrió en apelación la sentencia. La audiencia provincial estimó su recurso, consideró que las manifestaciones realizadas por el demandado, en las que se había fundado la acción ejercitada, no constituían actos de denigración, pues eran manifestaciones que materialmente se justificaban o explicaban por las circunstancias en que se produjo la desvinculación del demandado de Consultorio Dexeus, que considera la audiencia fue "tajante, abrupta y súbita". Tal contexto explicaría la reacción verbal del demandado y la existencia de un sentimiento de disgusto, enojo e incluso rencor personal hacia los socios que propiciaron tal modo de proceder. La audiencia analizaba las distintas declaraciones del demandado, que fundaban la acción ejercitada por Consultorio Dexeus, y encontraba que en unos casos se trataba de información pertinente, en otros, que carecía de aptitud para menoscabar el crédito en el mercado de Consultorio Dexeus, y en otros, que se trataba de opiniones o valoraciones del demandado que resultaban amparadas por el derecho a expresar libremente ideas y opiniones por parte de quien se sentía ofendido y humillado, no aptas para ser sometidas a un control de veracidad, y como tal eran percibidas por el público en un contexto coyuntural traumático y expresivas de un enfrentamiento personal.

La audiencia consideró que el demandado tampoco había infringido el pacto de no competencia. Realizó una revisión de la valoración de la prueba y de los hechos fijados por la sentencia del juzgado mercantil, y concluyó que el juzgado había acertado al considerar que no había prueba de que el demandado se hubiera integrado en la clínica Tres Torres, pero no al considerar que se había integrado en Instituto Santiago Dexeus antes de que transcurriera el plazo de un año previsto en el citado pacto, pues la prueba de la integración del demandado en la estructura corporativa de tal entidad durante el año 2009 no era tan convincente, reveladora y contundente como la que acreditaba lo contrario.

Por esas razones estimó el recurso de apelación y desestimó la demanda, si bien no impuso las costas de primera instancia a la parte demandante porque apreció la concurrencia de serias dudas de hecho en el enjuiciamiento tanto de los actos de denigración como del incumplimiento del pacto de no competencia.

4.- Contra esta sentencia, Consultorio Dexeus interpone recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en torno a doce motivos, y recurso de casación, basado en tres motivos, que han sido admitidos en su totalidad, y que se desarrollan, precedidos de un cuadro de abreviaturas, un índice, un resumen de antecedentes fácticos y una justificación de la recurribilidad de la sentencia y de la denuncia de la infracción del art. 24 de la Constitución .



Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo de infracción procesal

1.- El primer motivo del recurso se encabeza con el siguiente enunciado: « *Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24.2 CE, al vulnerar el principio del proceso debido, que incluye el derecho a un "juez imparcial". Trascendencia en la esfera de derechos humanos de la causa y acogimiento constitucional: "Previa toma de posición anímica" » (se ha suprimido el énfasis que mediante la utilización de mayúsculas se añadía en el original, lo que también se hará al transcribir los epígrafes de los restantes motivos).*

2.- El motivo se fundamenta en que el tribunal de apelación se ha posicionado apriorísticamente a favor del demandado, empatizando con su personalidad y con su "enojo", lo que le impide alcanzar la necesaria independencia intelectual para enjuiciar el litigio, para lo que ha partido de una idea preconcebida anímicamente de la orientación del fallo. Ello explicaría, según la recurrente, que la sentencia analice las circunstancias fácticas de la salida del demandado de la sociedad demandante y el efecto psicológico que ello le produjo, lo cual es una materia ajena a las pretensiones de las partes, y tome en cuenta circunstancias que son irrelevantes para el enjuiciamiento de la conducta concurrencial cuestionada. Ello explicaría también las referencias elogiosas a la figura del demandado y a su familia, el reproche de la conducta de la demandante, la distorsión de los hechos probados sentados en primera instancia y las conclusiones irrazonables alcanzadas respecto de diversos extremos del litigio. La recurrente realiza diversas consideraciones psicológicas sobre la posición del tribunal en la decisión del recurso.

TERCERO.- Decisión de la sala. Equiparación incorrecta de la desestimación de las pretensiones de la parte con la falta de imparcialidad del tribunal

1.- El motivo del recurso carece manifiestamente de fundamento. Incurre en petición de principio: da por supuestos determinados vicios de la sentencia (distorsión de los hechos probados, conclusiones irrazonables) para fundar en ellos la imputación de parcialidad al tribunal.

2.- La acusación de parcialidad que la recurrente hace al tribunal es simple consecuencia de la parcialidad de su posición, que es proyectada sobre el tribunal que ha desestimado sus pretensiones. Es natural que la parte sea parcial (hasta el punto de que el adjetivo tiene la misma raíz que el sustantivo), y es frecuente que, convencida internamente de sus razones y carente por lo general de formación jurídica, considere inexplicable la resolución judicial que desestima sus pretensiones, o solo explicable por la parcialidad del tribunal.

Lo que no parece tan razonable es que su dirección jurídica proyecte este rasgo en el debate procesal acusando injustificadamente de parcialidad al tribunal que no ha atendido a sus pretensiones.

3.- La contextualización de las declaraciones y manifestaciones del demandado no es reveladora de una pérdida de parcialidad del tribunal y de su "empatía acusada" con el demandado, sino un criterio correcto de enjuiciamiento de los actos reputados denigratorios por la parte actora. La apreciación del carácter denigratorio de una conducta debe hacerse considerando las manifestaciones cuestionadas en relación a las circunstancias externas con las que se encuentra vinculada.

El examen de la demanda y los documentos que con ella se acompañan muestra con claridad que la desvinculación del demandado de la sociedad demandante no es una cuestión ajena al objeto del litigio.

La valoración positiva del perfil profesional del demandado y su familia, o la referencia a cómo se produjo su salida de la sociedad demandante no es tampoco muestra de parcialidad del tribunal, sino el resultado del enjuiciamiento imparcial de los datos fácticos aportados al proceso.

4.- La recurrente considera que un tribunal que falla en contra de sus pretensiones y acoge las de la parte contraria es un tribunal falto de imparcialidad. La ecuación es inconsistente e inadmisibile.

CUARTO.- Formulación de los motivos segundo a décimo

1.- El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con el siguiente epígrafe: « *Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por infracción del art. 24.1 y 24.2 CE, al haberse producido un error patente en la valoración de la prueba documental (en concreto, doc. 30 y 31 de la demanda): Inexistencia de desvinculación del Dr. Jesús Carlos "Tajante, abrupta y súbita". Contradicción de hechos probados e irracionalidad de la inferencia* ».

2.- El motivo se funda, resumidamente, en que la audiencia, para concluir en la "expeditiva desvinculación" del demandado respecto de la sociedad demandante solo toma en consideración la carta de 19 de diciembre de 2008 pero no el laudo de 16 de junio de 2008 ni la carta de 18 de noviembre de 2008. La valoración de estos documentos, se argumenta, muestra una conclusión contraria a la de la sentencia.



3.- El tercer motivo se encabeza con el siguiente enunciado: « *Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24.1 CE, al llegar la sentencia recurrida a conclusiones absurdas opuestas a los hechos que declara probados. Afirmaciones apodícticas huérfanas de sustento de que Consultorio Dexeus, S.A.P. "podía" estar infringiendo la confidencialidad de las historias clínicas de pacientes.* »

4.- En el motivo se consideran absurdas y huérfanas de prueba las afirmaciones de la sentencia recurrida sobre este extremo, radicalmente contrarias a las conclusiones a las que llegó la sentencia de primera instancia.

5.- El motivo cuarto se encabeza con el siguiente enunciado: « *En el motivo 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24.1 CE, al llegar la sentencia recurrida a conclusiones absurdas opuestas a la literalidad de la prueba documental (en concreto, doc. 5 y 6 de la contestación a la demanda) no contradicha por otros medios. La comunicación de la baja del Dr. Jesús Carlos. Imputación pública a Consultorio Dexeus, S.A.P. de "difusión de falsedades".* »

6.- En el motivo, la recurrente critica la valoración que de determinados documentos ha hecho la sentencia de la audiencia, documentos que la recurrente analiza detalladamente.

7.- El epígrafe que encabeza el motivo quinto es el siguiente: « *Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24.1 CE, al llegar la sentencia recurrida a conclusiones absurdas opuestas a la literalidad de la prueba documental (en concreto, doc. 13.7 y 5 de la demanda) no contradicha por otros medios. "Que no maltraten a mis pacientes", "Mis pacientes tienen que ir a humillarse", reclamación a Consultorio Dexeus, S.A.P. de "sentido ético", "cartas insultantes y desagradables con las pacientes".* »

8.- En el motivo la recurrente manifiesta su desacuerdo con la valoración que sobre la idoneidad denigratoria de ciertas manifestaciones del demandado hace la sentencia recurrida, considerando absurdas y contrarias a las máximas de experiencia algunas de las conclusiones de la sentencia, acudiendo incluso a las definiciones que de ciertos términos da el diccionario de la Real Academia.

9.- El motivo sexto se encabeza así: « *Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24.1 CE, al llegar la sentencia recurrida a conclusiones absurdas opuestas a la literalidad de la prueba documental (en concreto, doc. 5, 14, 15 y 16 de la demanda) no contradicha por otros medios. Expresiones apodícticas huérfanas sobre Consultorio Dexeus, S.A.P. y sus integrantes. Proyección de dudas en el mercado acerca de un competidor.* »

10.- En este motivo, la recurrente muestra su desacuerdo con la interpretación que del contenido de ciertos documentos hace la audiencia, y niega que la libertad de expresión pueda amparar ciertas expresiones.

11.- El motivo séptimo tiene este encabezamiento: « *Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24.1 CE, al llegar la sentencia recurrida a conclusiones absurdas respecto del contenido del doc. 19 de la demanda, en tanto pretende que "recuperar los valores Dexeus" de quien ha salido del Consultorio Dexeus, S.A.P. no causa desprestigio en el mercado.* »

12.- En este motivo la recurrente critica la valoración que hace la audiencia del contenido de cierto documento, acudiendo de nuevo al diccionario para exponer el significado de algunos términos. **13.-** El motivo octavo empieza con el siguiente enunciado: « *Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24.2 CE, al haber incurrido en un error patente en la valoración de un supuesto dictamen como "prueba pericial" aportada por el demandado el 10 de diciembre de 2010 (folio 1.330 y siguientes), y al haber llegado a conclusiones absurdas e infundadas que contradicen el propio y otros medios de prueba.* »

14.- En este motivo la recurrente impugna que el dictamen elaborado por D. Bruno sea considerado como un informe pericial, por entender que se trata de un simple documento privado, al no haber sido ratificado, lo que lleva a dudar incluso de la certeza de su autoría. Y analiza detalladamente el informe para llegar a conclusiones contrarias a las alcanzadas por la audiencia.

15.- El motivo noveno del recurso se inicia con el siguiente título: «

Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24.2 CE, al haber incurrido en un error patente en la valoración de la prueba documental de "informe de detectives" acompañó como doc. 46 de la demanda. »

16.- En este motivo la recurrente critica la valoración probatoria que la audiencia ha hecho del informe de detectives aportado con la demanda, realizando un detallado análisis de la prueba y alcanzando conclusiones contrarias a las de la audiencia.

17.- El motivo décimo del recurso tiene el siguiente epígrafe inicial:



« Al amparo del motivo 4º del art. 469.1 LEC , por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.1 CE : Valoración errónea, arbitraria, ilógica y contradictoria de la prueba pericial, absolutamente contraria a la "sana crítica" (artículo 348 LEC ("pericial" a folio 1.330 y siguientes de los autos) ».

18.- En este motivo la recurrente critica la valoración de la prueba pericial, de la que, afirma, la audiencia extrae conclusiones contrarias a la racionalidad, realizando asimismo una interpretación de la cláusula de prohibición de competencia cuya vulneración imputa al demandado.

QUINTO.- Decisión de la sala. El recurso extraordinario por infracción procesal no es una tercera instancia que permita volver a exponer toda la complejidad fáctica del litigio y pretender la completa revisión de la valoración de la prueba

1.- A lo largo de cincuenta y cinco páginas la recurrente denuncia la existencia de nueve infracciones del art. 24 de la Constitución por la comisión de errores patentes en la valoración de diversas pruebas documentales (incluido el informe de detectives) y periciales (y en el desarrollo de algunos de los motivos, también lo extiende a pruebas testificales), la obtención de conclusiones absurdas, opuestas a la literalidad de diversas pruebas, especialmente documentales, con utilización por la audiencia de expresiones apodícticas huérfanas de apoyo.

2.- En nuestro sistema, el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia y ulteriores recursos extraordinarios. El examen pleno del material fáctico objeto del proceso, y de la actividad probatoria que ha servido para considerar probados determinados hechos controvertidos, corresponde a los tribunales de primera instancia y de apelación. La admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda volver a exponer toda la complejidad fáctica del litigio, pretendiendo su reinterpretación por el tribunal de casación y el replanteamiento general de la revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación.

Por esa razón, ninguno de los motivos que en relación cerrada enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la revisión de la base fáctica y la valoración de la prueba.

3.- La valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal, salvo cuando se conculque el artículo 24.1 de la Constitución Española por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad, lo que impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, que se intente desvirtuar la apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer, así como también postular como más adecuada la valoración de la prueba efectuada por el juzgado de primera instancia frente a la llevada a cabo por el tribunal de apelación.

4.- La recurrente, al denunciar "error patente y arbitrariedad" en la valoración de la prueba, con examen de la práctica totalidad de las pruebas documentales y periciales de mayor importancia, y denunciar asimismo la existencia de numerosas "conclusiones absurdas" en la fijación de la base fáctica, pretende un completo replanteamiento de todo el material fáctico del litigio y una nueva valoración conjunta de las pruebas practicadas que lleve a unas conclusiones de hecho distintas de las obtenidas por la audiencia provincial, lo que resultaría factible en una tercera instancia pero no en un recurso de carácter extraordinario que parte del respeto a los hechos probados declarados en la instancia, salvo que se imponga lo contrario ante la evidencia de que algún hecho, fundamental para la decisión, se ha fijado de modo ilógico y arbitrario por haber sido valorada con tales deficiencias alguna de las pruebas practicadas.

En el recurso se confunde la "literosuficiencia" que afirma respecto de ciertas partes de los documentos aportados, con el aislamiento de ciertas expresiones respecto del total de las manifestaciones o declaraciones recogidas en dicho documento, y su desconexión del contexto en que se produjeron. **5.-** La selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional, no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba, además de haber sido detalladamente motivada en la sentencia. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial.

La recurrente pretende reproducir en el recurso extraordinario la práctica totalidad del debate fáctico (e incluso jurídico sustantivo, pues también plantea cuestiones de tal naturaleza, como la interpretación de determinadas cláusulas de no competencia o el alcance de la cobertura de la libertad de expresión) mediante el subterfugio



de tachar de absurdas las conclusiones fácticas alcanzadas por el tribunal de apelación, y errónea y arbitraria, y como tal, vulneradora del art. 24 de la Constitución, su valoración de la práctica totalidad de las pruebas más importantes practicadas en el proceso, sin que las acusaciones de irrazonabilidad, error y arbitrariedad encubran otra cosa que el desacuerdo de la parte con el criterio del tribunal. Tal pretensión no es admisible en el recurso extraordinario por infracción procesal.

6.- Es extemporánea la impugnación de la consideración como informe pericial del dictamen elaborado por D. Bruno. No puede aceptarse tampoco que la falta de ratificación del informe pericial lo convierta en un mero documento privado, ni la alegación sobre la falta de certeza sobre su autor. En la audiencia previa la parte actora realizó alegaciones relativas a dicha prueba, reproducidas en el recurso, en las que criticó el contenido del informe pericial, la forma de elaboración del mismo, y que se inmiscuyera en cuestiones jurídicas, pero no su carácter de prueba pericial ni su autoría.

La Ley de Enjuiciamiento Civil no exige que el informe pericial aportado por la parte sea ratificado por su autor para que pueda ser valorado como prueba pericial, sin perjuicio de que las partes estén facultadas para solicitar la comparecencia del perito a los efectos previstos en el art. 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el juez deba acordarlo salvo por razones de impertinencia o inutilidad. Además, la parte demandante pudo pedir también la intervención del perito en el juicio para que respondiera a sus preguntas y objeciones sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen (art. 347.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Las demás críticas a la valoración del informe pericial que hace la sentencia recurrida no muestran la existencia de ningún error patente o arbitrariedad, único fundamento posible del recurso extraordinario por infracción procesal, sino la falta de conformidad de la parte con la valoración del informe pericial hecha por el tribunal de apelación y su pretensión de que sea sustituida por la realizada por el juzgado mercantil, o por la de la propia parte recurrente, que considera injustificadamente las únicas razonables.

7.- Lo expuesto debe llevar al rechazo de estos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

SEXTO.- Formulación de los motivos undécimo y duodécimo de infracción procesal

1.- El motivo undécimo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con el siguiente epígrafe: « Al amparo del motivo 2º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 217.4 LEC en relación con el art.217.1 LEC, al no haberse aplicado la carga de la prueba específica en los litigios de competencia desleal y las consecuencias inherentes ».

2.- El motivo duodécimo se encabeza así: « (Subsidiariamente al anteriormente formulado) en el motivo 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24.2 CE, al conculcar el principio de igualdad de armas" en el proceso, integrado en el principio de proceso debido ».

3.- El motivo undécimo se fundamenta en que la sentencia no menciona siquiera el art. 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni motiva ninguna valoración de la ausencia de toda prueba por parte del demandado del fundamento de sus « duras y desabridas » manifestaciones, como por el contrario sí hizo la sentencia de primera instancia, lo que, enlazando con la infracción denunciada en el motivo duodécimo, habría llevado a que la recurrente no hubiera tenido un juicio justo con igualdad de armas, puesto que tal carga probatoria es una expectativa de derecho de quien es parte en un proceso civil.

SÉPTIMO.- Decisión de la sala. Alcance y significado de la carga de la prueba. La veracidad no es predicable de las opiniones.

1.- La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de "non liquet" (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.7º del Código Civil, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

Esa es la razón por la que el precepto que la regula, art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298) sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso. De ahí que haya de alegarse su infracción a través del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al tratarse de una norma reguladora de la sentencia.



Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia.

Así ha sido declarado en esta sala en sentencias anteriores, como las núm. 244/2013, de 18 de abril, 434/2013, de 12 de junio, 529/2013 de 24 de julio, y 144/2014, de 13 de marzo, entre otras.

2.- Consecuentemente, carece de sentido denunciar un deficiente reparto de la carga de la prueba en casos en que tras la correspondiente valoración de los medios de prueba practicados, la sentencia recurrida ha basado su decisión en que los hechos controvertidos han quedado demostrados, con independencia de la parte que hubiera proporcionado el medio de prueba que produjo ese efecto.

3.- Cuando el art. 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que en los procesos sobre competencia desleal corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas, previsión que cobra todo su sentido cuando la demanda se ha interpuesto por la realización de actos desleales de denigración, no se está obligando al demandado a adoptar una determinada iniciativa probatoria. Lo que se hace es prever a qué parte debe perjudicar la falta de prueba adecuada sobre determinadas cuestiones controvertidas en ese tipo de procesos, exceptuando en parte, o al menos matizando, otras reglas contenidas en dicho art. 217.

Lo que el art. 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece es que la falta de prueba adecuada sobre la exactitud y veracidad de indicaciones y manifestaciones denigratorias perjudica al demandado.

4.- La sentencia de la audiencia no vulnera el art. 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque considera suficientemente probados extremos fundamentales en el litigio para enjuiciar la acción de competencia desleal por actos denigratorios, tales como el modo en que se produjo el cese efectivo de la prestación de servicios a la demandante por parte del demandado, el contenido de las comunicaciones enviadas por la demandante a las pacientes del demandado, o el modo en que estas debieron actuar para obtener una copia de su historia clínica, etc., que son los hechos en que se fundaron las manifestaciones del demandado.

La valoración o la opinión de este sobre tales extremos no son susceptibles de control de veracidad, por lo cual no puede pretenderse que se aplique la regla del art. 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las opiniones.

5.- No habiéndose dispensado al demandado de ninguna "carga" ni habiéndosele conferido ninguna otra ventaja, el principio de igualdad de armas en el proceso no ha sido vulnerado.

Recurso de casación

OCTAVO.- Formulación de los motivos de casación primero y segundo

1.- Tras una breve introducción en la que se expone la metodología que se ha seguido en la formulación del recurso de casación, se formula el primer motivo del recurso de casación, que se titula del siguiente modo: « *Al amparo del art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 2.1 y 2.2 LCD y de la jurisprudencia que los desarrolla: Existencia de finalidad concurrencial en las comunicaciones del demandado e idoneidad para promover sus prestaciones.* ».

2.- La demandante fundamenta este motivo, resumidamente, en que las afirmaciones de la sentencia recurrida sobre la ausencia de finalidad concurrencial de las declaraciones del demandado vulneran el art. 2 de la Ley de Competencia Desleal al tratarse de manifestaciones de gran trascendencia exterior, que tuvieron notorios efectos concurrenciales pues distorsionaron el mercado, mermaron la capacidad competitiva de Consultorio Dexeus al provocar que miles de pacientes de dicho consultorio abandonaran tal condición, reclamando sus historias clínicas, motivando incluso que tuviera que intervenir el colegio de médicos de Barcelona, y provocando graves daños morales y patrimoniales a la demandante, como habría resultado reconocido por los hechos probados de la sentencia de primera instancia, expresamente asumidos por la de la audiencia. Las manifestaciones del demandado habrían sido objetivamente idóneas para influir en el tráfico económico, y fue voluntad del demandado utilizarlas para competir con la demandante, promocionando su nueva actividad profesional en clínica Tres Torres. Afirma la recurrente que « *no pueden airearse públicamente y de modo sesgado y parcial conflictos societarios (máxime cuando han sido resueltos por la jurisdicción) y actuar como "juez y parte" clasificando interesadamente la conducta de CONSULTORIO DEXEUS, S.A.P. como "mala" y la competidora del demandado como "buena"* ».

3.- El epígrafe que encabeza el segundo motivo del recurso es el siguiente: « *Al amparo del art. 477.1 LEC: Infracción del artículo 9 LCD y de la jurisprudencia que lo desarrolla.* ».



4.- El motivo se desarrolla en las páginas 120 a 196 del escrito de interposición del recurso, y, muy resumidamente, en el mismo se denuncia que la infracción del art. 9 de la Ley de Competencia Desleal se produce porque la sentencia llega a la conclusión de que las manifestaciones del demandado carecen de aptitud para menoscabar el crédito en el mercado pese a que las máximas de experiencia ponen de relieve que esta particular conclusión es fruto de una ponderación incorrecta (« *carece de ponderación* », se dice en el recurso). Alega asimismo la recurrente que las circunstancias personales objeto de los comentarios duros y desabridos del demandado tienen trascendencia reputacional. Y para justificarlo analiza el contexto relevante de las manifestaciones y analiza también detalladamente las manifestaciones cuestionadas, alegando su aptitud para menoscabar la reputación de la demandante y negando que pueda darse carta de libertad a las manifestaciones denigrantes si son proferidas en estado de profundo enojo, y que la libertad de expresión ampare el derecho al insulto.

5.- Los motivos se encuentran estrechamente relacionados entre sí y deben ser resueltos conjuntamente

NOVENO.- Decisión de la sala. La finalidad concurrencial en los actos de denigración y su aptitud para afectar ilícitamente las decisiones de mercado

1.- La recurrente, al formular estos motivos del recurso, tergiversa la base fáctica de la sentencia de instancia.

Lo hace, en primer lugar, al partir de la existencia de una relación causa-efecto entre la solicitud por más de mil mujeres de sus historias clínicas al Consultorio Dexeus y una conducta tildada de denigratoria que se imputa al demandado.

La sentencia recurrida no solo no establece esta relación de causalidad, sino que relaciona esta circunstancia con el hecho de que el demandado abriera su consulta en otro centro, y las pacientes a las que había atendido hubieran de pedir personalmente sus historias clínicas al Consultorio Dexeus si querían seguir siendo atendidas por el demandado, pues este no podía conseguirlas directamente.

En segundo lugar, el recurso omite hechos importantes fijados en la sentencia de la audiencia, como son algunos de los relativos a las circunstancias en que se produjo el cese efectivo de los servicios del demandado en el centro sanitario del que es titular la demandante.

En tercer lugar, el recurso extiende hasta extremos absurdos la remisión que la sentencia del tribunal de apelación hace a los hechos probados de la sentencia del juzgado, pues pretende que alcance también a hechos que son incompatibles con lo declarado expresamente en algunos pasajes de la sentencia de la audiencia. La remisión genérica que la sentencia de la audiencia hace a los hechos probados fijados en la sentencia del juzgado alcanza a los extremos fácticos que la audiencia no ha expuesto en su sentencia, con la finalidad de evitar una extensión desmesurada de la resolución, pero no, lógicamente, a los que sean incompatibles con lo declarado expresamente en ella.

Por último, el recurso realiza una reproducción abreviada y sesgada de las expresiones que considera denigrantes, descontextualizándolas del resto de las manifestaciones en las que en cada caso se insertan, y de las circunstancias concomitantes

Tal conducta procesal no es correcta, pues el recurso de casación no permite que el recurrente haga una reconstrucción artificial del supuesto de hecho y de las valoraciones fácticas realizadas en la sentencia recurrida, para basar sobre ello la denuncia de infracción legal.

2.- Tampoco se analizan correctamente en la formulación del primer motivo los razonamientos jurídicos que determinan la decisión de la audiencia, pues esta se basa no tanto en el art. 2 de la Ley de Competencia Desleal, esto es, en la consideración de que la conducta del demandado esta fuera del ámbito objetivo de la Ley de Competencia Desleal, como en el art. 9 de dicha ley, y en concreto en la ineptitud de tal conducta para afectar las decisiones de mercado que se adopten respecto de Consultorio Dexeus, por el contexto en que fueron realizadas las declaraciones, tomando en consideración el art. 20 de la Constitución, al estar amparadas las opiniones y valoraciones del demandado por el derecho a la libertad de expresión, dada la relevancia social de la materia sobre la que versan, lo que determina una concepción restringida del ilícito concurrencial del art. 9 de la Ley de Competencia Desleal que cohoneste la protección de la transparencia en el mercado y de la adopción racional de decisiones de mercado por parte de quienes participan en él frente a lesiones injustificadas de la reputación de quienes intervienen en dicho mercado, con la vigencia de los derechos fundamentales.

3.- Las manifestaciones y comunicaciones realizadas por el demandado fueron realizadas en el mercado y tuvieron trascendencia externa. Pero la trascendencia concurrencial no es solo un elemento delimitador del ámbito objetivo de aplicación de la ley, sino también un presupuesto específico de los actos de denigración tipificados en el art. 9 de la Ley de Competencia Desleal, determinante de la aptitud de la conducta para afectar



negativamente el bien jurídico protegido, que no es tanto la reputación de otros intervinientes en el mercado como la propia competencia económica leal.

La afectación a la reputación que sea inhábil para afectar a la transparencia del mercado y la adopción de decisiones de mercado, tomando en consideración la reacción efectiva o esperable del círculo de destinatarios del acto considerado, no constituye un acto desleal de denigración del art. 9 de la ley. Y la emisión de valoraciones y opiniones sobre cuestiones de interés general, siempre que no se utilicen expresiones ofensivas innecesarias desvinculadas de la cuestión sobre la que se opina, se encuentra amparada constitucionalmente y es por tanto legítima.

4.- La audiencia ha considerado que para la apreciación de esa aptitud « *debe primar una consideración del conjunto del texto o comentario, y no ya de frases o expresiones separadas del contexto, y también deben considerarse las circunstancias externas de la manifestación enjuiciada, con las que está efectivamente vinculada* ». Por esa razón ha examinado, con una amplitud mayor que la empleada en la demanda, las manifestaciones y comunicaciones en las que se incluían las expresiones que la demandante consideró denigratorias, y las ha enmarcado en las circunstancias externas en que se produjeron (cese efectivo del demandado en el centro de salud de la demandante, comunicación de dicho cese a sus pacientes, avatares anudados a la consecución de su historia clínica por las pacientes que deseaban seguir siendo atendidas por el demandado en su nueva consulta, etc.). Y ha concluido que concurren justificaciones de la conducta tales como explicar a sus pacientes los términos en que se ha producido su desvinculación del centro de salud de la demandante ante la versión dada por esta en la comunicación dirigida a las pacientes, exteriorizar sus sentimientos de disgusto y enojo por la afectación personal que las circunstancias en que tuvo lugar tal desvinculación le produjo y por las gestiones que para conseguir su historia clínica hubieron de realizar las pacientes que desearon seguir siendo tratadas por él, opiniones sobre el modelo de prestación asistencial en el que cree, que quiere practicar y que considera deseable, crítica al modelo que no responde a estos parámetros, etc., que excluyen la aptitud de las comunicaciones y manifestaciones del demandado para afectar negativamente a la racional formación de las preferencias y tomas de decisión por parte de los consumidores y demás intervinientes en el mercado, y que en su aspecto de opinión o valoración, no pueden ser sometidas al canon de la veracidad.

5.- La audiencia no ha considerado que la realización de manifestaciones objetivamente denigrantes queden justificadas cuando están motivadas por un sentimiento de disgusto o enojo, sino que cuando las manifestaciones realizadas solo muestran, objetivamente consideradas, la existencia de tal sentimiento, carecen de aptitud para distorsionar las decisiones de mercado y, en consecuencia, no pueden considerarse actos desleales de denigración.

6.- Los criterios legales empleados por la audiencia son correctos, y la ponderación realizada no puede ser tachada de irrazonable o arbitraria, por más que pueda ser discutida. La propia audiencia acordó no hacer expresa imposición de las costas de primera instancia, pese a la desestimación plena de la demanda, por las serias dudas de hecho concurrentes en el enjuiciamiento de las conductas.

El control de la ponderación de los distintos elementos a tomar en consideración para determinar el carácter desleal de una conducta no autoriza a sustituir la realizada por el tribunal de apelación salvo que los criterios legales utilizados sean incorrectos o se haya incurrido en arbitrariedad al realizar la valoración ponderativa.

7.- La denuncia de desconocimiento y alteración por parte de la audiencia de los hechos fijados en resoluciones judiciales anteriores, « *con seria afección de la cosa juzgada* », son ajenas al ámbito del recurso de casación y no pueden ser tomadas en consideración.

8.- Lo expuesto lleva a que deban desestimarse estos motivos del recurso, y a que deba desestimarse también el tercer motivo, puesto que su formulación descansa sobre la estimación de los anteriores motivos, lo que no ha tenido lugar.

DÉCIMO.- Sentencia aportada durante la tramitación del recurso

1.- La sentencia aportada por la recurrente durante la tramitación de estos recursos extraordinarios, dictada por el mismo órgano jurisdiccional que dictó la sentencia recurrida, carece de relevancia para la decisión de los recursos.

No se precisa en relación a qué motivos del recurso extraordinario por infracción procesal o del recurso de casación tiene trascendencia el contenido de tal sentencia.

Lo relativo a la notoriedad del signo Dexeus no es una cuestión relevante para resolver los recursos en lo que se refiere a los actos de denigración.



Y las referencias a la integración del demandado en la clínica Tres Torres no aportan nada importante a lo ya actuado en el presente litigio.

2.- No es admisible la pretensión de modificar continuamente el material fáctico y la base jurídica sobre el que se asienta el enjuiciamiento, aportando, una vez precluido el momento procesal previsto para ello, cualesquiera documentos que tengan alguna relación con el litigio, incluso en sede de los recursos extraordinarios, en los que procede un análisis de las concretas infracciones legales denunciadas, pero no una revisión general de todo lo actuado, como si de una tercera instancia se tratara, y de los nuevos elementos que pretendan introducirse a través de los arts. 270 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

UNDÉCIMO.- Costas y depósitos

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- También procede acordar la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLAMOS

1.- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la entidad "Consultorio Dexeus, S.A." contra la sentencia núm. 274/2012, de 25 de julio, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 619/2011, dimanante de las actuaciones de procedimiento ordinario núm. 375/2010, seguidas ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona.

2.- Imponer a la expresada recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **José Ramón Ferrándiz Gabriel, Antonio Salas Carceller, Ignacio Sancho Gargallo, Rafael Sarazá Jimena, Sebastián Sastre Papiol. FIRMADA Y RUBRICADA.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Sarazá Jimena**, 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.