



Roj: **SJM BA 1146/2017 - ECLI:ES:JMBA:2017:1146**

Id Cendoj: **06015470012017100013**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Badajoz**

Sección: **1**

Fecha: **09/11/2017**

Nº de Recurso: **284/2016**

Nº de Resolución: **229/2017**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ZAIRA VANESA GONZALEZ AMADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**JDO. DE LO MERCANTIL N. 1BADAJOZ**

**SENTENCIA: 00229/2017**

C/ CASTILLO PUEBLA DE ALCOCER, 20

**Teléfono: 924286421** , Fax: 924286455

Equipo/usuario: 5

Modelo: N04390

**N.I.G. : 06015 47 1 2016 0000333**

**OR4 ORDINARIO DEFENSA COMPETENCIA-249.1.4 0000284 /2016**

Procedimiento origen: /

**Sobre OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE D/ña. APLICACIONES ELECTRONICAS Y DE RADIOFRECUENCIA S.L.

Procurador/a Sr/a. ESTHER PEREZ PAVO

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. TRADINGALL ELECTRONIC S.L.

Procurador/a Sr/a. JUAN CARLOS ALMEIDA LORENCES

Abogado/a Sr/a.

**S E N T E N C I A N°229/2017**

**JUZGADO MERCANTIL N° 1 DE BADAJOZ.**

**MAGISTRADA: DOÑA ZAIRA GONZÁLEZ AMADO.**

**JUICIO ORDINARIO 284 /16.**

**DEMANDANTE:** APLICACIONES ELECTRONICAS Y RADIOFRECUENCIA

**ABOGADO :** Don Ernesto Orth García

**PROCURADOR:** Doña Esther Pérez Pavo

**DEMANDADO:** TRADINGALL ELECTRONIC S.L.

**ABOGADO:** Don Jaime Ballesteros Olivera

**PROCURADOR :** Don Juan Carlos Almeida Lorences.

En Badajoz, a 9 de Noviembre de 2017.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** : Con fecha 27 de julio de 2016 se presenta demanda de procedimiento ordinario por el Procurador Doña Esther Pérez Pavo, en nombre y representación de APLICACIONES ELECTRONICAS Y RADIOFRECUENCIA S.L., contra TRADINGALL ELECTRONIC S.L., solicitando se declare: que los equipos electrónicos distribuidos y comercializados por la demandada, tales como, " cuadro de maniobra project 5, cuadro de maniobra project 2 PCB, KIT de seguridad radioband", incluyen un software que constituye un plagio del software ejecutado en los equipos electrónicos " cuadros de maniobra para 1 motor A 220 V, confort 1H0, antiguo QRFRG, cuadro de maniobra para puertas correderas Slider, y Kit de seguridad WIRELESSBAND", de APLICACIONES ELECTRONICAS Y DE RADIOFRECUENCIA S.L., y sobre los que esta es titular de los derechos de explotación en materia de protección intelectual.

Que, en consecuencia, la fabricación, comercialización, explotación, ofrecimiento y posesión para tales fines por parte de la demandada de los cuadros de maniobra y kit de seguridad reseñados, constituye una infracción de los derechos de explotación en materia de propiedad intelectual de la actora.

Que la demandada, TRADINGALL ELECTRONIC S.L., ha cometido competencia desleal respecto a la actora, mediante la **violación de secretos**, al haber accedido ilícitamente al software ejecutado por la actora, el cual se encuentra protegido contra lectura por un sistema "hardware" incorporado en el software, y adquiriendo con ello la información secreta que el mismo contiene, y mediante actos de imitación, al haber comercializado unos equipos que son idóneos para asociarse por los consumidores a unos equipos de la citada entidad demandante con aprovechamiento de la reputación de la misma.

Y que se condene a la demandada a estar y pasar por dichas declaraciones, y cesar en cualquier acto de comercio, incluida la fabricación, ofrecimiento a la venta, exportación o posesión para cualquiera de los referidos fines de los equipos "cuadro de maniobra project 5, cuadro de maniobra project 2 PCB, KIT de seguridad radioband", así como cualesquiera otros dispositivos que incorporen el software de APLICACIONES o un plagio del mismo.

Retirar del mercado, aportando al efecto prueba fehaciente, todos los equipos de los modelos reseñados que hayan sido previamente distribuidos por ella o con su consentimiento, o cualesquiera otros que incorporen el software de APLICACIONES objeto del pleito.

Destruir a su costa, ante Notario y una persona autorizada por APLICACIONES ELECTRONICAS Y RADIOFRECUENCIA S.L., una vez sea firme la sentencia, todos los cuadros y Kits de seguridad de modelos plagiados a dicha mercantil.

Abstenerse en el futuro de efectuar uso de la información contenida en el software de APLICACIONES objeto del presente procedimiento, (ya sea en parte o en su totalidad), incluido el Hardware de protección del software y las explicaciones de cómo funciona el sistema, extendiéndose la prohibición de uso a cualquier acto de cesión, venta o concesión de licencias a terceros respecto de la referida información.

Indemnizar a APLICACIONES ELECTRONICAS Y DE RADIOFRECUENCIA, SL por los daños y perjuicios ocasionados a la misma, en la cuantía que se determine de acuerdo con las bases que han quedado parcial y provisionalmente fijadas en el Fundamento de Derecho VII, y costas.

**SEGUNDO** : Turnada a este Juzgado la demanda, se admitió a trámite por decreto de 15 de septiembre de 2016, dándose traslado a la demandada que contestó el 27 de octubre de 2017, citándose a las partes a la Audiencia Previa el 8 de marzo de 2017.

**TERCERO**: En el acto de la Audiencia Previa, se propuso y admitió prueba de interrogatorio de parte, testifical y pericial, citando a las partes a juicio el 13 de junio de 2017. En dicho acto, tras la práctica de las pruebas admitidas y conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de dictar sentencia.

**CUARTO**: En el presente asunto se ejercita por el actor una acción declarativa de actos de plagio de un software de la actora en la distribución y comercialización de determinados aparatos, y que infringen los derechos de explotación en materia de propiedad intelectual, que la demandada ha cometido competencia desleal con la actora mediante actos de **violación de secretos** por acceder ilícitamente al software que se encuentra protegido, y mediante actos de imitación, al haber comercializado equipos que son idóneos para asociarse por los consumidores a unos equipos de la demandante, aprovechándose de la reputación de ésta. A ello añade, una acción de condena a estar y pasar por la declaración, de cese de actividad, retirar del mercado de los equipos, destruir a su costa dichos equipos, abstenerse en el futuro de efectuar cualquier uso de información del software y el hardware e indemnizar por daños y perjuicios en la cantidad que se determine y costas.

La demandada se opone alegando; excepción de falta de legitimación pasiva ad causam, negando la fabricación y comercialización de los equipos citados. No existe derecho de exclusiva por parte de la actora.



En cuanto a los productos que el detective dice adquiridos de la demandada se niegan pues no se presenta factura de los mismos, por ello el informe pericial se encuentra viciado pues no se demuestra que los equipos analizados provengan de TRADINGALL, negándose, a su vez, valor probatorio de los mensajes de móvil y del informe económico.

**QUINTO.-** En la tramitación de esta causa se han observado todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar resolución debido a la acumulación de asuntos por la carga de trabajo que soporta este Juzgado.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### **PRIMERO.-Normas y jurisprudencia aplicables.**

El art.10 de la Ley de Propiedad Intelectual , Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, establece que:" 1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

Los programas de ordenador.

El artículo 96 dispone que a los efectos de la presente Ley se entenderá por programa de ordenador toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación.

**El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor.**

Cuando los programas de ordenador formen parte de una patente o un modelo de utilidad gozarán, sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, de la protección que pudiera corresponderles por aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial.

No estarán protegidos mediante los derechos de autor con arreglo a la presente Ley las ideas y principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 100 de esta Ley los derechos exclusivos de la explotación de un programa de ordenador por parte de quien sea su titular con arreglo al artículo 97, incluirán el derecho de realizar o de autorizar:

- **a)** La reproducción total o parcial, incluso para uso personal, de un programa de ordenador, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa necesiten tal reproducción deberá disponerse de autorización para ello, que otorgará el titular del derecho.
- **b)** La traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos, sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador.
- **c)** Cualquier forma de distribución pública incluido el alquiler del programa de ordenador original o de sus copias.

Añade el artículo 101 que los derechos sobre los programas de ordenador, así como sobre sus sucesivas versiones y los programas derivados, podrán ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual.

El artículo 102 dispone que a efectos del presente Título y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 100 tendrán la consideración de infractores de los derechos de autor quienes sin autorización del titular de los mismos, realicen los actos previstos en el artículo 99 y en particular:

- **a)** Quienes pongan en circulación una o más copias de un programa de ordenador conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima.
- **b)** Quienes tengan con fines comerciales una o más copias de un programa de ordenador, conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima.
- **c)** Quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador.



La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, modificada por la Ley 29/2009 para adaptarla a la Directiva Europea 2005/29/CE, establece en su artículo 1 que esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad.

En cuanto al ámbito objetivo se establece en el artículo 2, que determina que los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

El ámbito subjetivo lo determina el artículo 3 que establece que la ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.

La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal.

La Ley configura un sistema de protección dividido en dos grupos, actos de competencia desleal de carácter general, regulado en el artículo 4, y prácticas desleales en particular, artículos 5 a 18.

Así, el artículo 4 establece que se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En palabras del Tribunal Supremo (Sentencia de fecha 8 de octubre de 2007 citando jurisprudencia anterior): "La cláusula general del artículo 5 LCD no formula (...), un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, (...), sino que establece una verdadera norma jurídica en sentido técnico, (...) de la que derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como sucede con el artículo 7.1 del Código civil".

El recurso al artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal obliga, en suma, a descartar previa y razonadamente que la conducta considerada quede comprendida en uno de los tipos contenidos en los artículos siguientes de la Ley de Competencia Desleal y, sólo una vez superado este análisis, proceder a su control concurrencial, lo que ha llevado a la mejor doctrina a afirmar que este artículo 4 cumple una función de válvula de autorregulación del sistema, y que asegura su adaptación a las cambiantes circunstancias del mercado y conductas de la competencia, que no hayan encontrado su acomodo en los supuestos de hecho tipificados de forma particular.

La cláusula general es independiente de los tipos especiales. La conculcación de éstos no supone automáticamente la vulneración de la cláusula general. Ésta no puede aplicarse de forma acumulada a los tipos especiales, porque si la conducta enjuiciada se corresponde por entero con la tipificada en particular, el examen de deslealtad se hará a la luz del tipo especial. Si la conducta resulta desleal no deberá aplicarse además la cláusula general. Si la conducta resulta leal tampoco podrá prohibirse mediante la aplicación de la cláusula general.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de enero de 2009 resume la doctrina en estos términos:

"En efecto, la sentencia de 23 de mayo de 2.005 destacó que "parece lógico estimar que la cláusula general entre en juego en defecto de la existencia y fijación de actos de deslealtad tipificados o sea, en relación con conductas no catalogadas, lo que no es el caso"; la de 20 de febrero de 2.006 que "el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal no establece una norma integrativa o complementaria de la ilicitud de los actos descritos en los artículos posteriores"; la de 22 de febrero de 2.006 que "el artículo 5 de la Ley 3/1.991 no puede servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otras preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedir las"; la de 11 de julio de 2.006 que "es improcedente acudir a la fórmula general del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal para combatir conductas que están tipificadas en particular en otras disposiciones"; y la de 24 de noviembre de 2.006 que "ésta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular".

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de Diciembre de 2008 :

"La cláusula general permite comprender cualquier conducta desleal por ser contraria a la buena fe objetiva, cuando no se integre en uno de los típicos específicos que establece la Ley, en todo caso no es aceptable



el planteamiento que esgrime la actora, y reproduce en el párrafo final del motivo, consistente en que la disposición de la cláusula general ha de ser analizada en relación a cada tipo de acto desleal concurrente para valorar primero si la conducta del infractor cae dentro de la misma, sin entrar a valorar la intencionalidad del sujeto, postura que carece totalmente de fundamento, pues la norma del art. 5º configura un tipo de competencia desleal que, no obstante su descripción genérica, tiene autonomía y sustantividad propia respecto de los típicos de los arts. 6 a 17, como resulta de la propia rúbrica del Capítulo II de la Ley (Actos de competencia desleal) y viene reiterando la doctrina de esta Sala."

Es decir, resulta estéril invocar el artículo 4 cuando el relato fáctico que se denuncia resulta susceptible de incardinarse en los otros tipos ilícitos que se describen con sustantividad propia ( Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 20 de febrero de 2002 ). No es lícito acudir a la cláusula general para enjuiciar conductas objetivamente encuadradas en los otros tipos específicos, que sin embargo, escapan del reproche de deslealtad por faltar algún requisito legal.

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de julio de 2.006 que: " es impropio acudir a la fórmula general del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal para combatir conductas que están tipificadas en particular en otras disposiciones".

La consecuencia de todo ello es clara: el recurso al art. 4 obliga a descartar previamente los artículos 5 a 17 y, una vez superado este análisis, identificar con claridad las razones en que se basa la deslealtad de la conducta en cuestión. No cabe que se declare que una empresa en abstracto ha infringido el art. 4. Se ha de concretar expresamente el acto que lo infringe.

En el presente caso, se ejercita el derecho de defensa de la competencia, alegando competencia desleal, con base en la vulneración del artículo 13 y 11 de la Ley, esto es, la vulneración de secretos, y la realización de actos de imitación aprovechándose de la reputación ajena y creando confusión entre los consumidores.

El artículo 11 de la ley de competencia desleal establece que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley.

No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado.

Por su parte, el artículo 13 establece que se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14.

**Tendrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.**

**SEGUNDO.- Objeto del procedimiento. Valoración de la prueba. Infracción de derechos de propiedad intelectual. Desestimación de la demanda.**

En el presente asunto se ejercita por el actor una acción declarativa de actos de plagio de un software de la actora en la distribución y comercialización de determinados aparatos por la demandada, y que infringen los derechos de explotación en materia de propiedad intelectual, así mismo, que la demandada ha cometido competencia desleal con la actora mediante actos de **violación de secretos** por acceder ilícitamente al software que se encuentra protegido, y mediante actos de imitación, al haber comercializado equipos que son idóneos para asociarse por los consumidores a unos equipos de la demandante, aprovechándose de la reputación de ésta. A ello añade, una acción de condena a estar y pasar por la declaración, de cese de actividad, retirar del mercado de los equipos, destruir a su costa dichos equipos, abstenerse en el futuro de efectuar cualquier uso de información del software y el hardware e indemnizar por daños y perjuicios en la cantidad que se determine y costas.



La demandada se opone alegando; excepción de falta de legitimación pasiva ad causam, negando la fabricación y comercialización de los equipos citados. No existe derecho de exclusiva por parte de la actora. En cuanto a los productos que el detective dice adquiridos de la demandada se niegan pues no se presenta factura de los mismos, por ello el informe pericial se encuentra viciado pues no se demuestra que los equipos analizados provengan de TRADINGALL, negándose, a su vez, valor probatorio de los mensajes de móvil y del informe económico.

En primer lugar, invoca la actora la vulneración del derecho de propiedad intelectual por plagio de un software o programa de ordenador comercializado en los equipos de la demandada.

El demandado, por su parte, se opone negando la existencia de titularidad y de un derecho de exclusiva a favor del actor, así como fabricar o comercializar los equipos citados.

Ello obliga a determinar, primero, si el actor es titular de un derecho de exclusiva sobre el software citado, y segundo, si el mismo es imitado o plagiado por el demandado.

Como se expone en el fundamento anterior, el artículo 96 el programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor. La Directiva 91/250/CEE ( Directiva 2009/24/CE) dice, en el artículo 1.3 : " El programa de ordenador quedará protegido si fuere original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. No se aplicará ningún otro criterio para conceder la protección. " Según el considerando octavo de la Directiva, " entre los criterios que deben utilizarse para determinar si un programa de ordenador constituye o no una obra original, no deberían aplicarse los de carácter cualitativo o los relativos al valor estético del programa " .

Como señala el artículo 96.4 LPI , " no estarán protegidos mediante los derechos de autor con arreglo a la presente Ley las ideas y principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces ". En el mismo sentido, el inciso final del artículo 1.2 de la Directiva, " Las ideas y principios en los que se base cualquiera de los elementos de un programa de ordenador, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces, no estarán protegidos mediante derechos de autor con arreglo a la presente Directiva. "

El criterio de originalidad debe entenderse aquí en sentido subjetivo, esto es, que el programa discutido sea una creación intelectual propia de su autor.

Para que la obra merezca protección a través de las normas de la Ley de Propiedad Intelectual es preciso que sea una creación humana original (artículo 10.1 TRLPO). Sobre el requisito de la originalidad, hemos recordado en sentencias anteriores (entre otras, la de 29 de septiembre de 2005 o la de 15 de septiembre de 2011 -ECLI ES:APB:2011:13679-) que la discusión doctrinal ha girado sobre si la originalidad exigida en la LPI ha de ser subjetiva (singularidad, no haber copiado una obra preexistente, haber sido creada ex novo) u objetiva (novedad objetiva, creación novedosa, haber creado algo distinto a lo ya existente, especificidad, singularidad, altura creativa). Tradicionalmente imperó la concepción de la originalidad subjetiva por parecer criterio aceptable para las obras clásicas (literatura, música, pintura, escultura...), ya que la creación implica cierta altura creativa. Este mismo criterio puede ser aplicable en principio a algunas obras de características muy especiales como es **el caso de los programas de ordenador** ( artículo 96.2 TRLPI ). Sin embargo, actualmente debido a que los avances técnicos permiten una aportación mínima del autor y se reconocen a éste derechos de exclusiva, la tendencia es hacia la idea objetiva de originalidad, que precisa una novedad en la forma de expresión de la idea, un cierto grado de altura creativa.

En el mismo sentido la sentencia de 26 de abril de 2017 del TS, Sala Primera , establece que aunque en ciertas épocas prevaleció la concepción subjetiva de originalidad (y este mismo criterio pueda ser aplicable en principio a algunas obras de características muy especiales como es **el caso de los programas de ordenador** , art. 96.2 de la Ley de Propiedad Intelectual ), actualmente prevalece el criterio de que la originalidad prevista por el art. 10.1 TRLPI exige un cierto grado de altura creativa. Esa concepción objetiva permite destacar el factor de reconocibilidad o diferenciación de la obra respecto de las preexistentes, imprescindible para atribuir un derecho de exclusiva con aspectos morales y patrimoniales, lo que requiere que la originalidad tenga una relevancia mínima suficiente.

Por tanto, en relación con los programas de ordenador se exige únicamente una concepción subjetiva de creación del mismo por su titular, sin necesidad de acreditar la altura creativa del mismo.

Ahora bien, aun partiendo de esta concepción subjetiva de creación, considero que dicha prueba no ha sido realizada suficientemente por la actora.

Como ya se dijo en el auto de medidas cautelares, para obtener la protección de la Ley no es necesaria la inscripción en el registro, prevista como potestativa, de hecho, el actor no la posee, pero deberá acreditar la



originalidad del programa, para ello, la actora aporta unas facturas desde el 2006 al 2011, que nada prueban, pues además de ser documentos de creación unilateral, no aportan ningún dato que permita identificar el programa o el software para determinar la originalidad y creación del mismo.

En cuanto al folleto comercial que manifiesta se realiza desde el 2008, solo acredita la comercialización de un producto desde dicha fecha, no acredita la titularidad o creación original del software que contienen, ni su especificación o identidad.

Las actas notariales aportadas como documentos nº 5, 6 y 7 de la demanda, acreditan el depósito de documentos relativos a unos productos en el 2015, pero no determinan la originalidad ni titularidad de derecho de exclusiva alguno, y en todo caso, se ha realizado ad hoc para presentar la demanda. Por utilizar las palabras de la Audiencia Provincial que desestima el recurso contra el auto de medidas cautelares " se trata de actas notariales que acreditan el depósito de determinada documentación referida a tales productos, pero no son indicios suficientes de la originalidad y titularidad de los mismos en favor del demandante, máxime cuando resulta que, habiéndose creado y diseñado supuestamente, aquellos, según el demandante, en el año 2006, ( hecho primero, párrafo tercero, de su demanda), sin embargo, no es hasta octubre de 2015, cuando el actor procede a levantar acta notarial de protocolización de los mencionados productos, es decir, esas Actas se preordenaron para preparar la presentación de la actual demanda, estaban, pues, preparando la prueba para este procedimiento, toda vez que, según se dice, fue en julio de 2015, cuando se detectó la actuación ilícita de la demandada"

A ello se añade que, se presenta una sentencia en la que se condena a la actora precisamente por infringir los derechos de propiedad intelectual sobre los programas de ordenador o software de mandos a distancia titularidad de otra empresa, que aunque no coincidentes con los que se ventilan en este procedimiento, crea serias dudas sobre la originalidad de los programas cuya protección se demanda en el presente procedimiento, habida cuenta que su trabajador, Gustavo , fue trabajador de la empresa que los demandó, JCM, por copia en el programa, según sus manifestaciones en juicio.

En cuanto al primer informe pericial aportado con la demanda, elaborado por Domingo , realiza un estudio comparativo entre tres productos de la empresa demandante, ARF, con otros tres, funcionalmente equivalentes, de la empresa TRADINGALL, pero dicho informe no menciona en absoluto que los programas de los productos analizados sean obras de su autor y que éste sea empleado de la actora.

Tras la desestimación de las medidas cautelares, y en la Audiencia Previa, se aportan una serie de documentos para intentar acreditar dicha titularidad, cuya virtualidad probatoria es dudosa.

Así, se aporta un informe de la empresa OFICINA PONTI, datado en el 2009, pese a lo cual, y su relevancia, no se aporta con la demanda, sino en la Audiencia Previa tras desestimarse las medidas cautelares por falta de acreditación de la titularidad del derecho, que, además, carece de firma y no es ratificado por sus autores, por lo que no goza de ninguna credibilidad.

Dicho informe es utilizado por el perito de la ampliación aportada en la Audiencia Previa para sus primeras conclusiones, de lo que se deduce que son erróneas y no responden a la realidad, realizando afirmaciones como que la empresa actora ha " obtenido libertad para operar con el producto en el 2009", como si fuera concedida dicha libertad por un organismo público, cuando lo que obtiene, en caso de considerarse real dicho informe, que no es el caso, es precisamente una opinión de una empresa sobre las posibilidades de operar con el producto " dispositivo de puerta automática" sin cometer una infracción de los derechos de propiedad intelectual exclusivos de otras empresas. Además hay que resaltar que se refiere solo a uno de los productos cuya protección se demanda, WIRELESSBAND, no los otros.

Otro tanto cabe decir de la afirmación sobre la concesión de una patente en el 2015, desconociéndose en que se basa el perito para realizar dicha afirmación cuando dicha concesión ni se aporta a la demanda ni al informe pericial, existiendo únicamente una solicitud de patente, de febrero de 2013, cuyo depósito es de 2014, que no identifica el producto al que se refiere, por lo que desconozco si es alguno de los que son objeto del presente procedimiento, u otros.

La conclusión sobre la originalidad del producto la basa el perito sobre las actas notariales aportadas como documentos nº 5, 6 y 7, que como ya he expuesto más arriba no acreditan la titularidad de los programas cuya defensa se esgrime en este procedimiento, es más, dicho informe, lejos de afirmar de manera rotunda y contundente la originalidad de los productos por ARF, se limita a señalar que goza de experiencia en la realización de un determinado tipo de productos y capacidad para realizarlos, pero no acredita la originalidad ni la titularidad del derecho, manifestando el perito en la vista que no puede asegurar que sea una creación propia porque no ha visto que la realizaran pero sí puede valorar la capacidad y conocimientos suficientes y medios



técnicos para poder realizar esos productos, lo cual considero es insuficiente para solicitar la protección de un derecho de exclusiva.

Pero es que además, en segundo lugar, no resulta acreditado que el demandado haya copiado dichos programas de ordenador, pues ninguno de los informes periciales manifiesta que se haya copiado el software, sino que el primer informe realiza una comparativa entre los esquemáticos del diseño, las placas electrónicas y los catálogos, pero no se analizan los software para determinar que se han plagiado. En sus conclusiones, en el resumiendo, determina que " los productos analizados tienen un gran parecido visual, el diseño de los circuitos electrónicos es prácticamente idéntico, las señales eléctricas generadas son similares y es *altamente probable* que los microcontroladores contengan el mismo código", circunstancia que no afirma con rotundidad, desconociéndose las razones para ello, pero no se menciona nada en relación a copia del Software y sus códigos fuentes.

Es mas, el segundo informe pericial manifiesta que "los cambios efectuados en los nuevos productos analizados se han realizado por hardware no por software, lo que aumenta sustancialmente las posibilidades de que no disponga del código fuente del microcontrolador", de lo que se deduce que no hay copia del software cuya protección se demanda.

Así, el trabajador de la actora, Don Gustavo , manifiesta en juicio que sin el Código Fuente no es posible operar en el equipo, y no se puede modificar, para hacerlo hay que utilizar el software, por lo que si el perito afirma que las modificaciones se hacen a través del hardware, no por software y que ello supone que no poseen el código fuente, considero que no resulta acreditado el plagio denunciado.

Resulta necesario reseñar que los informes aportados son abstrusos para un lego en la materia y deberían haber expresado claramente si existe copia el software y código fuente, circunstancia que no se produce en ninguno de los informes, los cuales se limitan a señalar que se trata de productos muy similares y con la misma funcionalidad, lo que puede determinar un acto de competencia desleal pero no una infracción de los derechos de propiedad intelectual.

Efectivamente, analizada jurisprudencia sobre el particular, son numerosas las sentencias que exigen para apreciar plagio o infracción de la Ley de propiedad intelectual, en relación con programas de ordenador, que exista claramente copia del código fuente, entre otras, sentencia de 11 de diciembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Vizcaya , sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 3 de marzo de 2014 , y de 13 de marzo de 2013 , Audiencia Provincial de Madrid de 5 de junio de 2008 , Juzgado Mercantil nº 1 de Pamplona de 17 de febrero de 2006 .

Por tanto, y en resumen, ni resulta acreditada la titularidad u originalidad de los programas de ordenador por la parte demandante, pudiendo haber efectuado la solicitud de patente en los supuestos años de creación, aunque fuera denegada por falta de novedad o actividad inventiva, o los depósitos mediante actas notariales pero en los años de creación, no a propósito de la demanda, en el 2015.

### **TERCERO.- Actos de competencia desleal. Imitación y violación de secretos.**

En segundo lugar, se alega por la actora actos de competencia desleal por **violación de secretos** por acceder ilícitamente al software que se encuentra protegido, mediante espionaje o procedimiento análogo, (artículo 13) y mediante actos de imitación, al haber comercializado equipos que son idóneos para asociarse por los consumidores a unos equipos de la demandante, aprovechándose de la reputación y/o esfuerzos de ésta. ( artículo 11).

Con carácter previo, y aunque se ha puesto en duda por la demandada que los productos objeto de comparación fueran adquiridos A TRADINGALL, lo cierto es que de la declaración del detective, del informe aportado por este, así como los mensajes de móvil sobre cuya autenticidad no se ha efectuado prueba en contrario por el demandado, y la declaración de la empresa GRUPO MOGAN S.A, se considera acreditado que los productos objeto de análisis en el primer informe pericial son los que comercializa la empresa demandada. También podía del demandado, de no ser así, haber entregado sus productos para hacer una comparación por perito independiente que determinara que se trata de equipos distintos, pero lejos de desplegar actividad probatoria alguna, se limita a negar todos los hechos, manteniendo una actitud pasiva que ha de perjudicarle.

El primer perito, Don Domingo , realiza una comparación entre WIRELESSBAND y RADIOBAND, CONFORT 1 H0 y PROJECT 2015.06.02, y SLIDER 1H y PRJ2.PCB 2015.05.05, para ello se ha analizado la documentación y placas electrónicas consistentes en :

- 1.- esquemáticos del diseño de los módulos electrónicos de ARF
- 2.- Placas electrónicas de los productos de ARF Y TRADINGALL





### 3.- Catalogo comercial de los productos de ARF y TRADINGALL.

Concluyendo, de forma resumida, que los productos analizados de ARF y TRADINGALL son idénticos ya que presentan diferencias mínimas, que el grado de similitud es tan alto, cercana al 100% , que una persona con conocimientos bajos en electrónica puede llegar al confundirlos, es mas, determina que, aunque se pudieran dar coincidencias en diseños hechos por diferentes empresas sobre productos de similar funcionalidad, es totalmente improbable que ocurran tantas coincidencias como en los casos analizados en este informe, destacando por su extraordinaria coincidencia, que:

I Los microcontroladores sea exactamente el mismo en sus tres diseños

I Que se utilice los mismos pines del microcontrolador, en el mismo orden e implemente la misma función que ARF.

I Que se utilice el mismo circuito multiplexor con las mismas señales y conectadas en posiciones idénticas.

Por tanto, se finaliza afirmando que se trataría de productos de idénticas características funcionales y compatibles al 100%, que es prácticamente nula la probabilidad de que ambos fabricantes hayan podido desarrollar estos productos de manera totalmente independiente y llegar al mismo diseño de placa, a los mismos componentes, a distribuirlos de la misma forma en la placa de circuitos impreso, a orientarlos del mismo modo y a ofrecer en sus productos exactamente la misma funcionalidad.

En consecuencia, no existe duda alguna que los productos analizados pertenecen a TRADINGALL y que son idénticos a los de ARF.

Dado que el actor invoca actos particulares de competencia desleal como la imitación y **violación de secretos** industriales, han de analizarse los preceptos particulares que tipifican dichas conductas para determinar si son incardinables en los mismos.

En particular, el artículo 11 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley.

Este principio responde a la lógica económica del sistema competitivo consagrado en el art 38 CE , al posibilitar las distintas opciones del consumidor entre prestaciones alternativas y ejercer presión sobre los precios, constituyendo una garantía de progreso y dinamismo de la actividad económica.

El fundamento del reproche de deslealtad a determinadas imitaciones es la lesión al correcto funcionamiento del mercado, no la lesión del interés privado de quien surge la imitación. No se tutela el derecho a no ser imitado, sino justamente lo contrario, del derecho a imitar, legítimo derecho del operador a adaptarse a las nuevas tendencias o modas, o a sumarse al ingenio de los operadores más innovadores originales ( *la "copia servil"* solo será desleal si se puede subsumir en las excepciones legales al principio de libre imitabilidad).

Dado el carácter de excepción al principio de libre imitabilidad, los supuestos normativos de imitación desleal de los apartados 2 y 3 del art 11 son de interpretación restrictiva y la carga de la prueba de su encaje en tales apartados corresponde a quien invoque la deslealtad del acto.

El artículo 11.2 establece que, no obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado.

El art 11 .2 y .3 delimita cuatro supuestos de imitación desleal:

- 1) Idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación.
- 2) La que comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.
- 3) La que comporte un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.
- 4) La imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado.



La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de Diciembre de 2008 establece que la apreciación de la deslealtad sancionada en la norma debe ser objeto de interpretación restrictiva ( Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 13 de mayo 2.002 y 30 de mayo de 2.007 ) porque: si bien las creaciones empresariales deben ser protegidas por el interés de sus creadores o titulares, de los consumidores y el interés en general, sin embargo nuestro ordenamiento jurídico establece como principio general el de libre imitabilidad ( artículo 11.1 LCD ) que se halla integrado en el de libre competencia ( Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de julio de 2.007 ).

El Tribunal Supremo (SS de 30 de mayo de 2007, 17 de julio de 2007 y 15 de diciembre de 2008 ) ha señalado que dicho precepto "proclama como principio la libertad de imitación, salvo si existe un derecho en exclusiva que la impida", y que el uso concurrencial no reivindicado como excluyente no constituye, por sí solo, competencia desleal. De este modo, si la prestación o creación material no está protegida por un derecho de exclusiva, cabe la libre imitación, que comprende la identidad del producto, es decir, la copia servil o idéntica. Como hemos señalado en anteriores resoluciones (desde nuestra sentencia de 26 de septiembre de 2000 , que citamos en la más reciente de 15 de septiembre de 2011 ), lo que la norma sanciona no es la aproximación de productos o prestaciones de tal forma que sus características los hagan intercambiables, pues es precisamente en estos casos en los que la competencia alcanza su máximo exponente, ya que, en otro caso, se vaciaría totalmente de contenido la regla general de libre imitabilidad, sin que pueda fundamentarse la deslealtad exclusivamente en la confusión y en el aprovechamiento de la reputación ajena que surge de la sola imitación del producto, ya que: a) ésta es lícita como regla; y b) queda amparada por la previsión contenida en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 11: la inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

La deslealtad de la imitación, al margen de que la prestación imitadora infrinja o no un derecho de exclusiva, viene dada por dos notas alternativas:

a) Cuando resulte idónea para generar la asociación (que abarca el riesgo de confusión) por parte de los consumidores respecto de la prestación imitada, lo que requiere la apreciación en ésta de una singularidad competitiva (a ella se refieren las SS TS 17 de julio de 2007 y 15 de diciembre de 2008 ) por razón de sus características o cualidades intrínsecas, que la diferencian de las demás prestaciones de la misma naturaleza habituales en el sector y, en consecuencia, sirven al círculo de destinatarios para su identificación y reconocimiento, sentada la implantación en el mercado de la prestación imitada.

Pero el riesgo de asociación o de confusión en los consumidores no nace por el mero hecho de la exacta o más o menos exacta imitación de la prestación ajena, ya que, de ser así, el principio de libre imitabilidad quedaría vacío de contenido. El riesgo de asociación o de confusión ha de reconocerse en atención a la posible apropiación de la evocación de la procedencia empresarial que por sí sola encierra la prestación imitada, y para apreciar esto será necesario, como se ha dicho, que la prestación imitada posea una "singularidad competitiva", es decir, que incorpore rasgos diferenciales que la distingan suficientemente de otras prestaciones de igual naturaleza, y además un asentamiento o implantación suficiente en el tráfico de la prestación original objeto de imitación, de tal modo que el consumidor asocie, en atención a esos rasgos o notas singulares, la prestación imitadora con la imitada, induciéndole a creer que procede del mismo empresario o de empresas vinculadas por algún tipo de concierto económico que autorice a una de ellas a aproximarse o a copiar esos rasgos singulares presentes en la prestación de la otra.

b) O bien, cuando la imitación comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajeno. Debemos advertir, en cualquier caso, que la mera existencia de la imitación, aunque sea fiel o exacta, no implica por sí sola la apreciación de estas notas o resultados.

Sobre la imitación con aprovechamiento del esfuerzo ajeno, hemos declarado en anteriores sentencias que tal supuesto se identifica, en particular o en especial, con la llamada "imitación por reproducción", esto es, la imitación de prestaciones originales ajenas mediante el empleo de especiales medios técnicos que permiten la multiplicación del original a bajo coste (especialmente la reprografía, sin descartar otras técnicas de reproducción o copiado). Empleando tales medios se consigue la apropiación inmediata de la prestación ajena sin aportar el esfuerzo y los costes que supone su recreación, y esto determina la destrucción de la posición ganada por el pionero (empresario imitado), al que se impide la amortización de los costes de producción. Así es porque esas técnicas de reproducción repiten la prestación ajena evitando todo coste de desarrollo y suprimen la ventaja temporal del que se adelantó en la creación, ventaja temporal que es lo que permite al pionero amortizar los costes de producción. Siguiendo con esa concepción, es secuencia lógica que la apropiación inmediata de la prestación o iniciativa ajena, mediante tales técnicas de reproducción, evita el retraso temporal natural de la introducción en el mercado de la imitación. El hecho de que la imitación tenga lugar a través de reproducción determina que los costes de producción del imitador sean bajos o escasos y ese ahorro de costes se traducirá en un precio de venta más bajo; de ahí que la deslealtad venga



determinada por el ahorro de costes que se obtiene gracias a la reproducción. De lo contrario, la imitación no podrá llegar a poner en peligro la ventaja del pionero, ni podrá decirse que el imitador ha logrado una ventaja competitiva injustificada. El conjunto de tales requisitos supone, en fin, que la imitación ha de representar para el empresario imitado una seria desventaja comercial, en el sentido de determinar la imposibilidad o la notable dificultad de amortizar sus costes.

Por último ha de añadirse que la norma contempla la cláusula de la inevitabilidad: "la inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica". Se requiere, por tanto, que el riesgo de confusión o asociación y el efecto de aprovechamiento de la reputación ajena sean evitables, porque el principio de libre imitación faculta al imitador para aproximarse, incluso para reproducir fielmente, la prestación ajena, pero siempre que adopte las medidas necesarias para impedir dicho riesgo y el descrito efecto.

Realizadas estas consideraciones jurisprudenciales, he de concluir que concurren en el presente caso los requisitos para considerar desleal la imitación del producto ofrecido por la empresa demandada, pues, a pesar de su apreciación restrictiva, se acredita, por el informe pericial, por los mensajes de móvil, y la declaración fehaciente de la empresa GRUPO MOGAN, que se hace un aprovechamiento de la reputación ajena.

Efectivamente, del informe pericial se desprende que en los catálogos, que el propio perito ha comprobado por internet, que la disposición de componentes en las placas electrónicas que aparece en el catálogo de TRADINGALL no se corresponde con la disposición de componentes que presentan las placas RADIOBAN tx y Rx, sino que, en realidad, dicha distribución es idéntica a la que aparece en el catálogo de ARF y que a su vez sí que se corresponde con la distribución de componentes de sus placas WIRELESSBAND. Este hecho pondría de manifiesto que los catálogos de AERF también habrían resultado copiados por TRADINGALL en sus productos, salvo pequeñas diferencias existentes en la distribución de la información.

Así mismo, concluye que, las figuras serigrafiadas de la cara de componentes que incorpora TRADINGALL han sido extraídas del catálogo de AERF, y no se corresponden con la distribución de componentes que presentan las placas de TRADINGALL.

De ello se deduce que se utiliza la reputación ajena y su publicidad para introducir los productos en el mercado. A ello se añade que, de los mensajes, así como la declaración de GRUPO MOGAN, que el demandado vende sus productos manifestando que se trata de copias de AERF pero a un precio más reducido, utilizando la notoriedad o la popularidad de la actora.

Por tanto, aunque se trate de empresas distintas con domicilio social radicado en distintas localidades, lo cierto es que el demandado evoca a la empresa demandante para vender sus productos, poniéndolos en el mercado a menor precio pues no tiene que amortizar los costes de realizar el microcontrolador, sino que lo importa directamente de China, lo que le hace reducir gastos y tener mejor posición en el mercado, sin asumir coste alguno en investigación y desarrollo.

En relación con los actos de violación de secretos empresariales mediante espionaje industrial o procedimiento análogo, determinando que se ha accedido ilícitamente al software, vulnerando el sistema de protección anti-copia del mismo, mediante micro controladores de China, el artículo 13 establece que se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o legítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14.

Tendrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.

El Tribunal Supremo ha declarado que "como dijimos en sentencia de 1 de diciembre de 2.000 y hemos reiterados en sentencias posteriores, por secreto empresarial habrá que entender aquellas informaciones, conocimientos, técnicas, organización o estrategias que no sean conocidos fuera del ámbito del empresario y sobre los que exista una voluntad de mantenerlos ocultos por su valor competitivo". Es preciso distinguir entre secreto empresarial y todas aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesional de un sujeto. Pertenecen, por el contrario, al ámbito del secreto y no al de la formación o capacitación profesional, los conocimientos que se adquieren como consecuencia del desempeño de un puesto de responsabilidad y confianza y aquellos que no es posible retener en la memoria.

Por otro lado, como hemos dicho reiteradamente (entre otras, sentencias de 20 de enero, 16 de mayo, 19 de diciembre de 2012), a falta de una norma específica en la LCD que defina qué debe entenderse por secreto empresarial, a los efectos de su artículo 13 LCD, debemos acudir al artículo 39.2. a) y b) del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, BOE de 24 de enero



de 1995). Conforme a este precepto, para garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal respecto de aquella información no divulgada que esté legítimamente bajo el control de las personas físicas o jurídicas, impidiendo que se divulgue a terceros o que sea utilizada por terceros sin su consentimiento, de manera contraria a los usos honestos, es preciso que: i) sea secreta, en el sentido de que no sea conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; ii) tenga un valor comercial por ser secreta; y iii) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

Pues bien, ha resultado acreditado, por el informe pericial, la declaración e informe del detective, los mensajes de móvil y la declaración de GRUPO MOGAN, que mediante un producto adquirido en China se obtiene la misma funcionalidad del producto que la de los de AERF, por lo que procede estimar la demanda en cuanto a los pedimentos siguientes:

Declarar que la demandada, TRANDINGALL S.L., ha cometido competencia desleal con AERF, al haber accedido ilícitamente al software de los equipos de AERF y mediante actos de imitación al haber comercializado equipos idénticos a los de la demandante, idóneos para asociarse a estos, aprovechándose de la reputación ajena, condenando a la demanda a estar y pasar por dichas declaraciones, a cesar en la comercialización, fabricación, venta, exportación o posesión para estos fines de los equipos CUADRO DE MANIOBRA PROJECT 5, CUADRO DE MANIOBRA PROJECT 2 PCB y KIT DE SEGURIDAD RADIOBAND, y abstenerse de realizarlos en el futuro, conforme al artículo 32 de la Ley de competencia desleal.

No ha lugar a la retirada del mercado de los productos distribuidos pues ello puede causar un perjuicio a terceros que los hayan adquirido de buena fe, y que no han sido parte en el procedimiento.

Destruir a su costa, ante Notario y una persona autorizada de AERF, una vez firme la sentencia, los cuadros y kits de seguridad de los modelos imitados.

Y la condena a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a AERF, conforme a las siguientes especificaciones:

La indemnización comprenderá los gastos de investigación como daños causados, acreditados en la cantidad de 4.541 euros, conforme a las facturas aportadas como documento nº 15 y 16 de la demanda.

En cuanto al lucro cesante, a pesar de que se aporta un informe pericial económico bastante profuso y detallado, sobre el que no hay prueba en contrario, no se ha solicitado, como se anunciaba en la demanda, la documental económica de la demandada para determinar las ventas efectuadas. A ello debe añadirse que no puede aceptarse sin más que exista correspondencia total entre las cantidades vendidas por la demandada y las faltas de venta por la actora, por lo que habría que apreciar un porcentaje sobre la cantidad total, que de forma discrecional se fija en un 30%.

Dado que no hay prueba en contrario que contradiga la pericial aportada, se estima la cantidad de 20,46 euros por equipo de RADIOBAND, 17,39 euros por equipo de PROJECT 5X, y 8,13 euros por equipo de 2 PCB, teniendo que determinarse en ejecución de sentencia las unidades vendidas, a las que se aplicara este importe, y sobre el total, un porcentaje del 30%, que es a lo que tiene derecho la demandante.

En cuanto a la cuantificación del daño moral es facultad privativa del Tribunal que bajo las pautas de la equidad valora las circunstancias y gravedad de los hechos (actos o manifestaciones) y este daño moral no precisa acreditación de perjuicio económico alguno. En el caso que nos ocupa, dado el escaso tiempo transcurrido desde que la comercialización del producto, que se fija en el 2015, que es cuando existen datos de venta de productos imitados, y esta sentencia, se estima un daño moral de 3000 euros.

#### **CUARTO.- Costas**

El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Si fuera parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

Puesto que la estimación de la demanda es parcial, no se hacen especiales pronunciamientos en costas.

#### **FALLO**



Que debo **ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE** la demandada interpuesta por Procurador Doña Esther Pérez Pavo, en nombre y representación de APLICACIONES ELECTRONICAS Y RADIOFRECUENCIA S.L., contra TRADINGALL ELECTRONIC S.L. **DECLARANDO** q ue la demandada, TRADINGALL S.L., ha cometido competencia desleal con AERF, al haber accedido ilícitamente al software de los equipos de AERF y mediante actos de imitación al haber comercializado equipos idénticos a los de la demandante, idóneos para asociarse a estos, aprovechándose de la reputación ajena, **CONDENANDO** a la demanda a estar y pasar por dichas declaraciones, a cesar en la comercialización, fabricación , venta, exportación o posesión para estos fines de los equipos CUADRO DE MANIOBRA PROJECT 5, CUADRO DE MANIOBRA PROJECT 2 PCB y KIT DE SEGURIDAD RADIOBAND, y abstenerse de realizarlos en el futuro, conforme al artículo 32 de la Ley de competencia desleal .

No ha lugar a la retirada del mercado de los productos distribuidos pues ello puede causar un perjuicio a terceros que los hayan adquirido de buena fe, y que no han sido parte en el procedimientos.

Destruir a su costa, ante Notario y una persona autorizada de AERF, una vez firme la sentencia, los cuadros y kits de seguridad de los modelos imitados.

Y la condena a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a AERF, conforme a las siguientes especificaciones:

La indemnización comprenderá los gastos de investigación como daños causados, acreditados en la cantidad de 4.541 euros.

En cuanto al lucro cesante, se estima la cantidad de 20,46 euros por equipo de RADIOBAND, 17,39 euros por equipo de PROJECT 5X, y 8,13 euros por equipo de 2 PCB, teniendo que determinarse en ejecución de sentencia las unidades vendidas, a las que se aplicara este importe, y sobre el total, un porcentaje del 30%, se abonará a la demandante.

En cuanto a la cuantificación del daño moral se estima en **3000 euros**.

**No se hace especial pronunciamiento en costas.**

Notifíquese a las partes esta sentencia, contra la que podrán preparar recurso de apelación dentro de los 20 días siguientes a su notificación, según lo dispuesto en los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Llévese testimonio de la presente a los autos de su razón con archivo del original en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.-