



Roj: **SAP BA 210/2013 - ECLI:ES:APBA:2013:210**

Id Cendoj: **06015370022013100068**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Badajoz**

Sección: **2**

Fecha: **11/03/2013**

Nº de Recurso: **26/2013**

Nº de Resolución: **65/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FERNANDO PAUMARD COLLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BADAJOZ

SENTENCIA: 00065/2013

MAGISTRADOS ILMOS. SRES.

DON ISIDORO SANCHEZ UGENA

DON FERNANDO PAUMARD COLLADO

DOÑA FIDELA LEONOR CERCAS DOMINGUEZ

En Badajoz, a 11 de marzo de 2013

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 002, de la Audiencia Provincial de BADAJOZ, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO (CONCURSAL) 0001077/2007, procedentes del JDO. DE 1A INSTANCIA N. 6 de BADAJOZ, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 26/2013, en los que aparece como parte apelante, GALVANIZACIÓN TOLEDO S.L., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. EVA MARIA VACA MARIN, asistido por el Letrado D. PATRICIA CASTILLO CEBRIAN, y como parte apelada, Hugo , Juan , GALVANIZADOS DE EXTREMADURA S.A. y SISTEMAS DE GALVANIZACION EN CALIENTE S.L., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. GUADALUPE RUBIO SOLTERO, asistido por el Letrado D. BORJA SAINZ DE AJA TIRAPU, y como parte apelada SOFIEX, representada por el Procurador PEDRO CABEZA ALBARCEA, asistido por el Letrado DON LUIS SANZ GIL,, siendo el Magistrado/a Ponente el/la Ilmo./Ilma. D.FERNANDO PAUMARD COLLADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. DE 1A INSTANCIA N. 6 de BADAJOZ, se dictó sentencia con fecha 13/2/12 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "DESESTIMO la demanda formulada por Galvanización Toledo S.L. con Procurador Sra. Maria Mercedes Arias Delgado y letrados Sres. Guillermo Dionis Tenor y Doña Patricia Castillo Cebrián contra Don Hugo , D. Juan , Galvanizados de Extremadura S.A. y Sistemas de Galvanización en Caliente S.L., todos ellos con procurador Sra. Guadalupe Rubio Soltero, letrados Sr. Borja Sainz de Aja Tirapu y Sr. Álvaro Porras Fernández- Toledo y Sociedad de Fomento Industrial de Extremadura (Sofix, con procurador Sr. Pedro Cabeza Albarca, letrado Sr. Fabriciano de Pablos O?Mulloni. Absolviendo a los demandados de los pedimentos efectuados en su contra. Con imposición de las costas causadas a la parte actora."

SEGUNDO.- La expresada sentencia que ha sido recurrida por GALVANIZADOS TOLEDO S.L.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El apelante -la Mercantil "Galvanización Toledo, S.L."- solicita la revocación de la Sentencia de instancia por considerar que, al el acoger la excepción de prescripción de la acción, esgrimida por los codemandados, y desestimar la demanda rectora de la litis, sin entrar a conocer del fondo del asunto, la Juzgadora de instancia prescinde de los principios propios de la institución de la prescripción, tal y como aparece reflejados en multitud de Sentencias del Tribunal Supremo, en las que se ha señalado que la prescripción, como institución, no se funda en principios de estricta justicia, sino en los de seguridad jurídica y abandono del derecho subjetivo, por lo que su aplicación por los tribunales debe ser cautelosa y restrictiva (SS.T.S. 26/9/2995 ; 18/7/1994 ; 26/12/1995 entre otras muchas).

Sobre este particular relativo a la prescripción de la acción ejercitada en la demanda, de la más moderna jurisprudencia (V. gr. S.T.S. 5675/2012, de 16/7/2012) puede deducirse que, en el caso de una conducta desleal continuada, el cómputo del plazo de prescripción del Art. 21 Ley 3/1991, de Competencia Desleal (aplicable al ser la que estaba vigente cuando se realizaron los actos que supuestamente serían desleales) comienza cada vez que se repite el acto de competencia desleal (SS.T.S. 16/6/2000 ; 30/5/2005 ; 29/12/2006 ; 29/6/2007); sin embargo, cosa diferente ocurre cuando el acto supuestamente desleal se agota por su propia realización, sin perjuicio de que genere efectos reflejos continuados en el tiempo, en cuyo caso el computo del plazo es distinto, al encontrar como "dies quo" el de la propia realización del acto.

Así, según el Art. 21 LCD , en la redacción vigente al tiempo de suceder los hechos, "Las acciones de competencia desleal prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la realización del acto "Este precepto fue interpretado por la Sentencia de pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 871/2009, de 21 de enero , que expresamente declaró como doctrina jurisprudencial, que "cuando se trata de actos de competencia desleal de duración continuada la prescripción extintiva de la acciones prevista en el Art. 21 LCD 3/199, no comienza a correr hasta la finalización de la conducta ilícita".

SEGUNDO.- En el presente supuesto, es opinión de la hoy apelante que no hallamos ante una conducta continuada, que ha seguido desarrollándose en el tiempo.

Pero no es lo mismo "conducta desleal continuada" que "efectos reflejos derivados" de esa conducta que se dice desleal.

En el supuesto examinado, el propio apelante reconoce que la conducta desleal que imputa a los codemandados es la del Art. 18 LCD : La utilización, por parte de los demandados, de secretos propiedad de la demandante y la aportación a la Entidad Mercantil "Galvanizados de Extremadura, S.A." de los anteriores secretos.

Examinándose la demanda rectora de la litis, se aprecia que la conducta supuestamente desleal que se imputa a D. Hugo es la de utilización de información confidencial propiedad de la actora para constituir la Mercantil "Galvanizados de Extremadura, S.A." (GALVEXSA); información confidencial consistente en listas de clientes, competidores, proveedores, costes, planes de negocio, inversiones futuras, estrategia a medio y largo plazo.

Información de que disponía o a la que tenía fácil acceso el Sr. Hugo por razón de haber llegado a formar parte, como miembro, del Comité de Dirección del Grupo Industrial Duero, del que forma parte "Galvanización Toledo, S.L."

Al otro demandado, SR. Juan le imputa, como conducta desleal, el uso de aquellos secretos e información confidencial; y al último codemandado SOFIEX, le imputa labores de cooperación en la realización de la conducta desleal, pues sostiene que, sin el apoyo financiero y administrativo y de cooperación de aquella, como organismo público dependiente de la Junta de Extremadura, no hubiera sido posible la constitución de "Galvexsa."

Por tanto, la parte actora engloba los actos desleales típicos imputados a los codemandados, en el Art. 5 LCD . Y más concretamente, en la categoría de actos que pretenden agredir ilícitamente al competidor, pues dice, en la página 44 de su demanda, que toda la actuación desleal de los demandados está encaminada a acrecer en el mercado, utilizando información del todo confidencial, a costa de la actora.

También entiende que la conducta sería desleal conforme al Art. 11 LCD "imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas"; o en el Art. 12 LCD , "aprovechamiento de la reputación ajena"; Y, en fin, en el Art. 13 LCD , "revelación de secretos industriales".



Sin embargo, de todos esos supuestos actos de competencia desleal típicos, a los que se alude en los fundamentos de derecho de la demanda, en el apartado de Hechos de la demanda sólo se detallan y explicitan una conducta o actuación que sólo sería incardinable en el Art. 13 LCD .

Por tanto, para apreciar la concurrencia o no de la prescripción de las acciones ejercitadas -que, según el apartado IV de los fundamentos de derecho del escrito de demanda, son la: acción declarativa de la deslealtad del acto; la acción de cesación del acto o de prohibición del mismo; y la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, consistentes en publicación de la Sentencia en medios impresos de difusión-, se ha de identificar el "dies a quo", el día de inicio o de realización de ese acto desleal que es la revelación de secretos industriales, tal y como se reconoce en el suplico de la demanda.

Y en este sentido, debe fijarse como tal "dies a quo" aquel en que la actora llegó a tener conocimiento de que el Sr. Hugo había accedido a aquellos secretos y los había incorporado a la Sociedad que constituyó el 31/7/2006. Conocimiento que tuvo lugar en enero de 2007, cuando D. Carmelo , comercial de la Mercantil "Industrias electromecánicas GH,S.A.", proveedor habitual de la actora, le llamó para interesarse por un presupuesto que le había solicitado el Sr. Hugo , para una nueva planta de galvanización que iba a ser instalada en Cáceres y que giraría bajo el nombre de "Galvexsa".

Al no tener el actor constancia de tal presupuesto, comenzó a hacer las correspondientes indagaciones llegando a averiguar que el 31 de julio de 2006, el Sr. Hugo procedió a constituir la Sociedad "Sistemas de Galvanización en Caliente, S.L.", donde aparece como Administrador único y, ese mismo día, actuando en nombre de la indicada sociedad recién constituida, procede a la fundación de Galvexsa; por tanto, esta operaciones se hicieron mientras el Sr. Hugo todavía era miembro del Comité de Dirección de Grupo Industrial Duero, donde cesó voluntariamente el 15 de octubre de 2006.

En conclusión, pues, si el "dies a quo" se fija en enero de 2007, quiere decirse que la presentación de la actual demanda, el 21 de diciembre de 2007, lo fue dentro del plazo de prescripción del año, del Art. 21 LCD .

TERCERO.- Entrando en el fondo del asunto, la conclusión a la que se llega después del examen de la ingente prueba incorporada a los autos, es que el supuesto típico de acto concurrencial en que se basa la demanda, no ha existido en la realidad. Porque, en lo que se refiere a la presunta violación de secretos, -el demandante habla de que los demandados, principalmente los señores Hugo y Juan , se habrían hecho con el listado de precios y con los planes de negocios, estrategia, etc. De la actora- el Art. 13 de la LCE ciertamente 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; el concepto de secreto del Art. 13, como ya dijera la S.A.P. Madrid, Sección 15ª, de 16/5/2012 , no se limita a los secretos industriales, sino que también incluye otros secretos empresariales, hasta abarcar prácticamente todo aquello que cabe dentro de la expresión "Know-how" o saber hacer de la empresa. Aunque de ello no se deriva que cualquier acto de apropiación del "Know-how" constituya, por sí mismo, violación de secreto, a los efectos del tipo de competencia desleal antes referido. Para que se cumpla la exigencia del tipo legal es preciso que los datos tengan el carácter de secreto.

Al no existir un concepto legal de lo que puede entenderse como secreto, se ha venido considerando que debe acudirse al contenido en el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, BOE de 24/1/1995), de cuyo artículo 39.2.a) y b) se desprende que, 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 sea: a) 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; b) que tenga un valor comercial por ser secreta; y c) que haya sido objeto de medidas razonables, atendidas las circunstancias para mantener la secreta, medidas que habrían de haber sido tomadas por la persona que legítimamente la controla (SS.T.S. 13/1/09 ; 29/12/09 ; 15/10/2010) en sentido análogo, Art. 1.7 del Reglamento CEE 556/89 , de la Comisión de 30/12/1988.

Es también, doctrina jurisprudencial reiterada que la habilidades, capacidades, experiencias y conocimiento del sector que componen la formación y capacitación profesional del trabajador son del libre e incluso necesario uso por el mismo, con el consiguiente aprovechamiento para la nueva empresa que lo emplea, en el ulterior desarrollo de su vida laboral o por la empresa que el antiguo empleado constituye, normalmente dedicada al mismo sector en el que ha adquirido aquellos valores (SSTS. 24/11/06 ; 8/10/07); como es, precisamente, el supuesto que afecta al codemandado Sr. Hugo , que, además, no transplantó, sin más, los planes de negocio de su antigua Empresa, a la nueva que él mismo constituyó, sino que con planes de negocio que presentó ante SOFIEX para obtener su colaboración, se referían a GALVEXSA, pero no a "GALVNANIZACION TOLEDO".



El que los demandados pudieran haber tenido acceso a determinados datos de carácter comercial referidos a clientes, tales como condiciones especiales de venta; rappels de consumo aplicados; y estadísticas de venta, no significa que tales datos pudieran ser considerados como secretos en cualquier circunstancia, resultando irrelevante que los demandados hubiera podido aprovechar esa información para conseguir la captación de clientes de la actora ofertando las condiciones de venta que estaban por debajo de los precios mínimos de venta que podría permitirse la actora, pues lo relevante y esencial que la actora no ha acreditado que hubiera adoptado especiales medidas de protección respecto de esa información. Es ese el dato esencial para que pueda existir este ilícito concurrencial: acreditar que existían medidas de restricción o de protección para el acceso a aquella información.

Por otra parte, puede decirse que, en general, no constituye secretos empresariales los relativos a la clientela (S.S.T.S. 25/2/2009 ; 24/11/2006 ; A.P. Madrid, Sección 28ª, de 23/3/2012). Por ello, el que se tanteara a clientes que ya lo eran de la actora, como el caso de "IMEDEXSA" no es constitutivo de ilícito concurrencial.

En el supuesto sometido a nuestra consideración, no puede hablarse de revelación o utilización indebida de secretos empresariales, cuando resulta que a tales datos tenía libre acceso el Sr. Hugo por razón de su puesto directivo en la Sociedad actora y, además, no eran datos confidenciales propiamente dichos por cuanto se trataba de información suministrada por las Asociaciones profesionales del Sector (ATEG y EGGA), como se reconoció expresamente por el actor, en su escrito de conclusiones sobre valoración del resultado del juicio (páginas 28 y ss.). Y, como ya se dijo, el plan de negocio elaborado, para "GALVEXSA", presentado a SOFIEX, para obtener su apoyo financiero, es distinto del plan de negocio de la actora; o sea, no se aprovechó ese plan de negocio de la actora, conocido por razón de sus puesto, por el Sr. Hugo , para, sin más, aplicarlo a "GALVEXSA" como si fuera proita de ésta.

La denuncia que formula "Galvanización Toledo", relativa a que, siendo el Sr. Hugo , Directos Gerente de la Fabrica que la actora tiene en Toledo, procedió a elaborar una serie de documentos -como el documento Nº 22 de la demanda, plan de negocios de "Galvexsa"- utilizando, para ello, información y documentación confidencial de la actora, con la finalidad de preparar, diseñar y poner en marcha una Empresa propia dedicada al mismo sector económico- galvanización de acero -que el de la actora; información y documentación que compartió con el codemandado Sr. Juan y, posteriormente, ambos presentaron a SOFIEX, al objeto de que aportara financiación al proyecto como socio capitalista. Pero esta denuncia parte de hechos que no son ciertos, pues, la información y documentación que integra el plan de negocio presentado a SOFIEX, no se obtuvo de documentos confidenciales y secretos de la actora, sino, precisamente, de Internet, "pagina web de la asociación técnica de Galvanización de de publicaciones y paneles de la European General Galvanizers Association; y los propios conocimiento y experiencia profesionales del Sr. Hugo .

CUARTO.- En los fundamentos de derecho de la demanda se aluden como actos concurrenciales ilícitos imputados al demandado, los de los artículos 11 y 12 LCD , pero sin mayor detalle ni explicación, más que la cita y transcripción del precepto legal; de esta forma parece como si el actor pretendiera dejar al órgano jurisdiccional la tarea de llevar a cabo la construcción de una parte fundamental de esto procesos, que consiste precisamente en la concreta puesta en relación de los ilícitos concurrenciales invocados y de las conductas imputadas como desleales.

A este respecto, el Art. 12 LCD regula el aprovechamiento indebido de la reputación ajena como acto desleal que se define básicamente por su resultado, a diferencia de lo que ocurre con el resto de supuestos previstos en dicha Ley. Establece dicho precepto que "se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia o de expresiones tales como, modelo, sistema, tipo, clase y similares".

Por tanto, como vemos, el Art. 12 de la Ley 3/1991 , trata de proteger, además del mercado, al competidor que ha logrado reputación industrial, comercial o profesional y tipifica, como desleal, cualquier comportamiento adecuado para producir como resultado, el aprovechamiento de las ventajas que la misma proporciona. Aunque la acción puede ser de cualquier tipo, con tal que tenga aptitud para producir aquel efecto, que la cualifica y define, normalmente consistirá en el empleo de signo distintivos ajenos, notorios o implantados en el mercado y, además, con buena fama o reputación o prestigio. Pero, en cualquier caso, la acción no se refiere a la imitación de las prestaciones, amparadas en su caso por el Art. 11 LCD , sino como en el caso del Art. 6 LCD , sino como en el caso del Art. 6 LCD , a la forma de presentación de las prestaciones que induzca a asociarla a un origen empresarial bien reputado en el mercado, con idea de aprovecharse de la ventajas de tal reputación (S. AP. Madrid, 28ª, 20/4/2007).



Los requisitos necesarios para que exista este ilícito concurrencial son los ss: el prestigio o reputación de un tercero; la realización de un comportamiento apto para lograr un aprovechamiento o ventaja de la reputación de ese tercero; que el aprovechamiento sea indebido.

Sin embargo, ninguno de los hechos relatados en la demanda se adecua al cumplimiento de tales requisitos. El actor no detalla o explicita cual acto realizado por los demandados supone aprovechamiento de la reputación de la actora. Ni se dice por el demandante que concretas prestaciones o iniciativas de "Galvanización Toledo" se habrían imitado, ni de qué forma se habría obstaculizado el mercado con ellas.

QUINTO.- Tampoco, pese a que, en los fundamentos de derecho de la demanda, se cite al Art. 11 LCD , en los hechos de la misma no se describen los supuesto de hecho que, a decir, del actor, constituirían ese típico acto concurrencial ilícito.

Como señala la jurisprudencia, la finalidad perseguida con ese ilícito no está tanto en proteger a las empresas, cuanto proteger a los consumidores (entendiendo en sentido amplio, comprensivo de profesionales) en su toma de decisiones de mercado. De manera que no todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión encuentra protección en esa norma, sino exclusivamente cuando la confusión recae sobre el origen de la prestación. El centro de gravedad de la deslealtad reside en el expolio de las ventajas comprensivas adquiridas por otro sujeto.

No dice el actor qué prestaciones propias ha imitado el demandado. Tampoco alega el actor que los codemandados hubieran explotado signos distintivos de "Galvanización Toledo" como el nombre comercial, publicidad, u otros aspectos formales de la prestación del servicio de Galvanización.

SEXTO.- Finalmente, se cita así mismo el Art. 5LCD . Como dice la jurisprudencia, (SS.S.T. 8/10/2007; 24/11/2006; 23/3/2007):

La cláusula general del Art. 5 LCD (actual Art. 4 LCD) no formula un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, en las que van a ser tipificados los actos o comportamientos de competencia desleal en particular, sino que establece una verdadera norma jurídica en sentido técnico, esto es, lo que la doctrina ha cualificado como una norma completa de la que derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como sucede en el Art. 7.1 CC . La cláusula general tipifica un comportamiento desleal dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la Ley ha estimado tipificar en concreto. Por tanto, esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican actos en particular, sino que la aplicación ha de realizarse en forma autónoma especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser asumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular. Consecuencia de todo ello es que el recurso al Art. 5 LCD obliga identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta, sin que baste citar el precepto en los fundamentos de derecho de la demanda. Sólo cabe aplicar el Art. 5 LCD cuando se concreta expresamente el acto que lo infringe y, además, dicho acto no se tipifique en otras normas (SS.T.S. 7/6/2000 ; 28/9/2005)

Con el tipo del Art. 5 LCD no se trata de reprimir cualquier conducta contraria a la mala fe en el sentido que se emplea en el CC., sino exclusivamente aquellas que tengan trascendencia en el mercado. No puede perderse de vista que el derecho de cuyo ejercicio se trata es el derecho a desarrollar una actividad económica en el mercado y a concurrir libre y lealmente con otros competidores de manera que son el buen funcionamiento del mercado y el principio de la competencia eficiente los que han de prevalecer en el enjuiciamiento de la deslealtad.

La invocación de la buena fe incorpora una exigencia de que los agentes económicos compitan por méritos o por la eficiencia de las propias prestaciones, observando las reglas de corrección y buenos usos del mercado. Entre los casos en los que la jurisprudencia ha hecho aplicación de la cláusula general, se encuentra un grupo de supuestos que pueden considerarse como actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, entre los que se encuentran comportamientos de captación de clientela realizados desde el interior de la organización empresarial por trabajadores que luego se establecen por su cuenta.

En tal supuesto, la jurisprudencia viene sosteniendo que la empresa no puede impedir que sus empleados abandonen su puesto de trabajo y se establezcan por su cuenta o bien constituyan una sociedad cuyo objeto sea idéntico o análogo al de la empresa de la que proceden; comportamiento éste que también recrimina la actora al Sr. Hugo : constituyó GALVEXSA mientras todavía trabajaba para la apelante.

La captación de clientela no es, por sí, ilícita; pues nadie puede invocar ningún título respecto de la misma, ni pretender una efectiva fidelización, por lo que no obsta a su captación por otras empresas cuando los medios empleados sean lícitos. La deslealtad ha de derivar de los medios utilizados o fines perseguido, atendiendo al principio de competencia por el propio esfuerzo o por eficiencia de merito.



Tampoco integra el tipo del ilícito concurrencial del Art. 5 LCD la realización de actos preparatorios mientras si eran empleados de la actora; y tampoco el simple conocimiento del listado de clientes, cuando se descarta que el mismo tuviera el carácter de secreto industrial y su utilización para captar la clientela.

En el supuesto enjuiciado, no cabe acudir a la cláusula general; los hechos imputados como deslealtad parecen tener recogida su tipicidad en alguno de los artículos específicos, lo que excluye la cláusula general como acabamos de ver; de ahí que el actor incardine la conducta desleal en la revelación o utilización de secretos industriales.

El Art. 5 LCD describe un tipo de ilícito concurrencial abierto, inspirado en el estándar de la Buena fe, cuyo fin no es otro que permitir la represión de la siempre cambiante fenomenología de la competencia desleal; esto es, posibilitar que se califique como desleales conductas no descritas en los preceptos que le siguen, pero que merezcan la represión (SS.T.S. 24/11/06 ; 11/2/2011 ; 8/10/07 ; 14/11/2012).

La cláusula general tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la Ley ha estimado tipificar en concreto. Por tanto, esta 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.

SEPTIMO.- Aunque en el escrito de conclusiones y resumen de pruebas, "Galvanización Toledo" expone que "si bien existen hechos de los acreditados que no pueden ser subsumibles en los artículos 6 al 17 de la Ley de Competencia Desleal , éstos no deben dejar de ser considerados como objetivamente contrarios a la buena fe, calificándose así de ilícitos que deben ser castigados" se ha de decir que la pretensión de la parte actora de que, con carácter subsidiario, de no proceder la estimación de la acción de competencia desleal por aplicación de los artículos indicados, las conductas de los demandados que se describen en su escrito rector, sean enjuiciadas de conformidad con la cláusula general contenida en el Art. 4 de la LCD -comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe-, la falta de requisitos para estimar la acción de competencia desleal por violación de secretos no puede constituir, a su vez, presupuesto para la estimación de la demanda por vía de la cláusula general, habiendo declarado el Tribunal Supremo (Sentencia de 8/10/2007) que "la cláusula general del Art. 5 LcCd no formula, como han dicho las SSTs de 24/11/2006 ; 23/3/2007 , un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, en las que van a ser tipificados los actos o comportamiento de competencia desleal en particular, sino que establece una verdadera norma jurídica en sentido técnico, esto es, lo que la doctrina ha calificado como "una norma completa de la que derivan deberes jurídicos precisos para los particulares". La cláusula general tipifica un comportamiento de competencia desleal, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la Ley ha estimado tipificar en concreto. Por tanto, esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican actos en particular, sino que la aplicación ha de realizarse de forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular. Consecuencia de todo ello es que el recuso al Art. 5 obliga a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta. En este mismo sentido, cabe citar la STS. De 15/12/2008 , que en la interpretación y aplicación del Art. 5 viene señalando que: 1ª) el precepto está reservado a comportamientos que merezcan la calificación de desleales no contemplados en los artículos 6 al 17 de la propia Ley (SS. 23/5/05 ; 28/11/07 ; 29/5/08) ; 2º) que no establece un principio abstracto objeto de desarrollo en los artículos siguientes, sino un supuesto de ilicitud con sustantividad propia, que entraña una norma completa, por lo que no cabe su alegación si los actos se contemplan en otra norma (SS23/3/07 ; 29/12/06 ; 28/9/05). Su plena autonomía se manifiesta en que no puede valorarse en relación con los actos típicos de los artículos 6 al 17, pues no tiene carácter integrativo o complementario de los mismos (SS 20/2/06), de ahí que quepa rechazar de plano todo planteamiento que pretenda configurar el ilícito general como una versión de los tipos específicos modalizados por un comportamiento contrario a la buena fe objetiva; 3º) el precepto comprende los actos realizados en el mercado (trascendencia externa) con fines concurrenciales (idóneas para promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero) que, no estando tipificado, suponga una deslealtad por ser objetivamente contrario a la exigencias de la buena fe objetiva , la cual actúa como un estándar o patrón de comportamientos justo y honrado, reconocido en el tráfico, es decir, conforme a los valores de la honradez, lealtad y justo reparto de la propia responsabilidad y atendiendo a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena. Se trata de conseguir que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia y no mediante la realización de comportamientos que supriman, o restrinjan la estructura competitiva del mercado o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado (SSTs 21/10/05 ; 14/3/07 ; 24/11/06); 4º) la infracción del Art. 5 obliga a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta, sin que baste citar el precepto en los fundamentos de derecho de la demanda (STS 19/5/08).



Y, precisamente, vemos cómo la parte actora/apelante no detalla, en su demanda, actos o conductas que respondieran a los elementos del Art. 5 LCD, en la interpretación jurisprudencial que se acaba de reseñar, pues una y otra vez imputa como conducta desleal la violación de secretos empresariales y su aportación o utilización para la constitución de "Galvexsa". Es decir, está atribuyendo a los codemandados una conducta tipificada en otros artículos distintos del Art. 5; aunque tampoco explicita las razones en que se fonda para calificar, al amparo del Art. 5LCD, el comportamiento de los codemandados como desleal.

Pero, como ya se dijo, los documentos 21 a 25 de los de la demanda, que recogen el plan de Negocios de Galvexsa -que, en puridad formaba parte del proyecto fin de Master que el Sr. Hugo efectuó en el MBA realizado en 2003, en el Instituto de Empresa-, el Plan de Negocios de "Galvanización Toledo" 2004/2008; y el Estudio de Estrategia y Control de Gestión de Industrias Duero, no suponen utilización ilegítima de secretos o información confidencial de la actora, porque es información extraída de Internet y Página web de las Asociaciones del Sector, tanto a nivel nacional, como Europeo, o sea, información sobre el proceso de galvanización, propiedades anticorrosión, normativa y ámbito de aplicación, datos de producción de acero galvanizado, relación de clientes de la zona de actuación, sin cita expresa; informaciones y datos que también proceden de las propias habilidades y conocimientos adquiridos, en su vida profesional, como Director Técnico de la Planta que la actora tiene en Toledo por parte del Sr. Hugo; los cuales no constituyen secreto profesional y podían ser utilizados en la nueva empresa que pudiera constituir y que de hecho fundó, aunque no entró en funcionamiento sino después de la plena desvinculación del Sr. Hugo de "Galvanización Toledo" en octubre de 2006, aunque no llegase a conocimiento de la actora -ese pleno funcionamiento- hasta enero de 2007. Los referidos conocimientos que proceden, como decimos, de la propia experiencia del Sr. Hugo y de sus aprovechamientos del Master de Gestión y Dirección, no se obtuvieron de manera ilícita, ni estaban protegidos, por la actora, con deber de reserva; como tampoco consta que ésta hubiera adoptado medidas de protección de las pancartas del programa de Power Point que constituyen el Plan de Negocio presentado a SOFIEX en mayo de 2004, que eran accesibles a todos los interesados en el sector de galvanización y no tenían valor competitivo.

Tampoco es reprochable la construcción de una planta de galvanizados en Casatejada (Cáceres) por "Galvexsa", a un coste, al parecer inferior, al que pensaba "Galvanización Toledo" que habría de costar; no es constitutiva de ninguna conducta desleal; como tampoco lo es que uno de los más importantes clientes de la actora, IMEDEXSA, hubiera sido tanteado por la actora, pues si bien, en 2005, al parecer, no realizó pedidos a la actora, sin embargo, en 2006, es decir, cuando entraba en funcionamiento Galvexsa, al menos financieramente (entrada en el capital de SOFIEX), IMEDEXSA vuelve a relacionarse con Galvanización Toledo.

OCTAVO.- En conclusión, pues, procede la estimación del recurso examinado, pero sólo para declarar indebidamente estimada la excepción de prescripción que habían esgrimido todos los codemandados. Pero, en cuanto al fondo de la cuestión litigiosa, la demanda debe desestimarse, no siendo procedentes ninguna de las acciones ejercitadas -de declaración de deslealtad; de cesación de acto desleal; y de resarcimiento de daños mediante publicación de la Sentencia en medios de comunicación- por cuanto, como hemos visto, no se prueba ni concurre ninguno de los actos tipificados concurrenciales supuestamente ilícitos que se denuncian, ni tampoco estamos ante actos que objetivamente considerados, sean contrarios a la buena fe, porque constituir una empresa que vaya a dedicarse y de hecho se dedica, desde 2009, al sector del acero galvanizado, que es el sector en el que opera la Mercantil actora, y es el sector conocido por el Sr. Hugo, no constituye obviamente ningún acto o conducta concurrencial ilícita, máxime cuando la Constitución Española proclama el principio de libertad de empresa en una economía de mercado, como uno de los principios definitorios del orden económico constitucional.

NOVENO.- Entrando en el análisis de las impugnaciones que, de la misma sentencia, hacen tanto la Mercantil SOFIEX, cuanto al resto de codemandados D. Hugo, D. Juan y las Mercantiles "Galvanizados Extremadura, S.A." y "Sistemas de Galvanización en Caliente, S.L.", lo primero que ha de resaltarse es la ausencia de legitimación para impugnar la Sentencia, por aplicación del principio de gravamen, que proclaman Sentencias T.S. 13/6/2012; A.P. Madrid, Sección 28ª, de 17/10/2012 "Entre los presupuestos de admisibilidad del recurso, que deben ser constatados de oficio por el órgano judicial, además de la comprobación de que la resolución en cuestión sea recurrible y de que el recurrente haya actuado dentro del plazo correspondiente (Art. 458.3 LEC), también se encuentra la constatación de la existencia de gravamen para la parte que pretende recurrir. El Art. 448 LEC exige para que las partes puedan interponer un recurso contra una resolución, que aquélla les afecte desfavorablemente. Constituye, por tanto, una premisa del derecho a recurrir la constatación de la existencia de un gravamen para la parte que pretende interponer recurso (Art. 448.1 y 461.1 LEC); es decir, que la resolución judicial contenga pronunciamientos que resulten adversos para la parte recurrente. No hay que olvidar que los recursos se justifican contra la parte dispositiva de la Sentencia, por lo que deberá atenderse a ésta y no exclusivamente a los fundamentos que le preceden, para que pueda apreciarse si existe o no el gravamen para recurrirla."



Los hoy impugnantes -"SOFIEX", "GALVEXSA", "Sistemas de Galvanización en caliente, S.L.", Don Hugo y Don Juan - carecen de gravamen para recurrir en tanto que la Sentencia impugnada les absuelve de las pretensiones de la parte demandante; el hecho de que aquéllos discrepen de algunas de las consideraciones jurídicas que se recogen en la mismas -referida a la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva y a la posible ilicitud o no de determinada prueba- no es suficiente para considerar que puedan recurrir el fallo, con independencia de cuál fuera el sentido del mismo.

DECIMO.- Pero, por agotar el tema, en relación con la argumentación contenida en los escritos de impugnación de la Sentencia, relativa a los razonamientos del fundamento de derecho tercero de la Sentencia de instancia, sobre declaración de inexistencia de vulneración del derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de los datos de carácter personal en relación con la utilización, por la parte actor/apelante, de diversos documentos y correos electrónicos procedentes del ordenador personal del Sr. Hugo , los hoy impugnantes y codemandados sostiene que la parte demandante basaba, en gran medida, sus imputaciones, en la información obtenida, del ordenador utilizado por el Sr. Hugo mientras trabajaba para la actora, a través de una empresa especializada en la recuperación de datos de dispositivos informáticos, cuyos servicios se requirieron después de abandonar aquél su puesto de trabajo. El informe elaborado al efecto por la empresa mencionada y la impresión de diversos archivos recuperados acreditativos de los hechos imputados se acompañaban como prueba documental con la demanda. Por los hoy impugnantes/codemandados se vino denunciando de forma constante, a lo largo del proceso, que dicha información se había obtenido con vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Frente a ello, el actor/apelante sostiene la validez como prueba, de la información que se consiguió recuperar del ordenador portátil utilizado por el Sr. Hugo , con el argumento de que la información en cuestión provenía de un ordenador de su propiedad que constituía una herramienta de trabajo puesta a disposición de la citada persona, y con el argumento de que la información aportada se había obtenido mediante la búsqueda de palabras clave -"Keywords"- y que concurrían en el caso las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad que permiten calificar como no ilegítima la inmisión en el derecho a la intimidad, según la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (SS.T.C. 159/2009, de 29 de junio ; 173/2011, de 7 de noviembre).

En el supuesto enjuiciado, no es posible apreciar vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones porque el perito informático no interfirió ningún proceso de comunicación ajeno, sino que lo que hizo fue una búsqueda ciega a través de una herramienta informática denominada ENCASE, que no conlleva la lectura de toda la información para detectar lo relevante para la empresa, sino la utilización de palabras clave que sólo permiten rescatar lo que interesa, si es que no hubiera sido borrado en la reinstalación.

Como ya decían los Autos de A.P. Barcelona, Sección 15ª, de 9/5/2008 ; 2/2/2006 y Sentencia A.P. Valencia, Sección 9ª, de 21/6/2012 , pretender que la información así obtenida, es decir, los mensajes de correo electrónico rescatados de un ordenador formateado y entregado voluntariamente por su usuario, constituyen una comunicación protegible por la doctrina constitucional, es exacerbar esa protección: la comunicación no era localizable como tal "ex ante" y no es que hubiera finalizado meses atrás, sino que fue deliberadamente destruida por el comunicante, por lo que estuvo muy lejos de cualquier interferencia en un proceso comunicativo ajeno. Los textos reconstruidos podrían ser muestra de una violación a la intimidad de los demandados pero no una afrenta al secreto de las comunicaciones".

Ahora bien, la localización informática antes descrita de los mensajes que incorpora el informe pericial no es contrario a la intimidad de los demandados: la búsqueda ciega discriminó desde el principio todo lo que pudiera tener alguna relación con ese ámbito y con lo obtenido no se afecta a su vida íntima, a esa esfera personal y reservada que preserva la dignidad y la libertad individual, sino a ciertos actos puntuales de relevancia estrictamente comercial o empresarial. No es, por tanto, que la indagación efectuada afectara al derecho fundamental a la intimidad personal, pero que la misma resultara justificada por un fin legítimo, proporcional, idónea y necesaria, sino que dicha pericial se mantuvo al margen del ámbito constitucionalmente protegido (SS.T.C. 37/1989 ; 207/1996 ; 70/2002).

En conclusión, pues, la licitud de aquel medio probatorio que ahora señalan los impugnantes es innegable, pues el perito se limitó a examinar los correos de naturaleza y carácter profesional. (Informe pericial elaborado por "Cybex": doc. 19 de la demanda)

UN DECIMO.- Y en punto a la excepción de falta de legitimación "ad causam" de SOFIEX, es obvio que se trataba de una cuestión internamente conectada con el fondo de la litis, de ahí que, llegándose a la conclusión de la inexistencia del acto concurrential ilícito que la actora imputaba a los codemandados, la carencia de legitimación provenía de la inexistencia del hecho; pero apriorísticamente, si podía reconocerse que la relación jurídico procesal estaba inicialmente bien constituida, con SOFIEX.



DUODECIMO.- La estimación del recurso de apelación deducido por la demandante supone la revocación de la sentencia de instancia, al considerarse que el acogimiento, por el Juez "a quo" de la excepción de prescripción de la acción, que esgrimieron todos los codemandados, fue incorrecta; por lo que procedía entrar a conocer del fondo de la cuestión debatida y, en este sentido, como se ha argumentado, sustantivamente la demanda no podía prosperar, por lo cual, en materia de las costas de la primera instancia, si bien la demanda no ha de prosperar, si cabe apreciar serias dudas de derecho, conectadas a la complejidad de la materia, a la amplitud y complejidad del proceso probatorio y a la infinidad de materias matices jurídicos que intervienen en el caso, para no haber lugar a pronunciamiento sobre costas (Art. 394.1 "in fine" LEC). Como tiene declarado la jurisprudencia, STS. 16/7/02 ; A.P. Madrid, 14ª, 7/4/2005 ; Barcelona, 1ª, 30/3/2005 . entre otras, las serias dudas de derecho pueden provenir de la incertidumbre providanza por la disparidad de respuestas judiciales que obliga a acudir al proceso al existir una duda jurídica que no se ha conseguido resumir adecuadamente; o bien, de la contradicción de la respuesta judicial con otras anteriores recogida en supuesto similares, que permitiría concluir que no puede formularse reproche alguno al litigante vencido por la existencia de un proceso del que se confiaba, con fundamento razonable, en los precedentes resultar vencedor.

La estimación del recurso de apelación, al menos en parte, conlleva la inexistencia de pronunciamiento sobre las costas del recurso (Art. 308 LEC).

Finalmente, la desestimación de las impugnaciones deducidas por los codemandados no ha de suponer, no obstante, la condena en costas (Art. 398 LEC) por razón de aquellas serias dudas y complejidad jurídica (manifestada en la inmensa variedad de citas jurisprudenciales manejadas por ambos litigantes).

Vistos los artículos citado y los de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que, estimando como estimamos, parcialmente, el Recurso de Apelación deducido por la representación procesal de "Galvanizados Toledo, S.L." contra la Sentencia nº 12/2012, de 13 de febrero, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Badajoz, en el Procedimiento ordinario nº 1077/2007, desestimando como desestimamos, las impugnaciones, que de la sentencia, hicieron todos los codemandados, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución y en su consecuencia, con desestimación de la excepción de prescripción que fue incorrectamente estimada por el Juzgado de Instancia y entrando a conocer del fondo del asunto, DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS la demanda rectora de la litis y DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los codemandados D. Hugo , D. Juan , "Galvanizados de Extremadura, S.A." "Sistemas de Galvanización en Caliente, S.L." y SOCIEDAD DE FOMENTO INDUSTRIAL DE EXTREMADURA (SOFIEX) de las pretensiones contra ellos deducidas por la demandante; sin imposición de las costas en ninguna de las instancia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe interponer recurso de casación, ante esta sala, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANESTO, en la cuenta de este expediente 0325.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.