



Roj: **SAP B 7226/2013 - ECLI:ES:APB:2013:7226**

Id Cendoj: **08019370152013100192**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **25/06/2013**

Nº de Recurso: **326/2012**

Nº de Resolución: **266/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARTA RALLO AYEZCUREN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 7226/2013,**  
**AAAP B 619/2013**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

SECCIÓN 15ª

ORRULLO nº 326/2012-2ª

JUZGADO MERCANTIL 2 BARCELONA

JUICIO ORDINARIO 843/2009

**SENTENCIA núm. 266/2013**

Ilmos. Sres.:

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN

Dª. MARTA RALLO AYEZCUREN

D. LUIS GARRIDO ESPA

Barcelona, 25 de junio de 2013.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario número 843/2009, seguidos ante el Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona, a instancia de PHERCAB, S.L., representada por el procurador don Ángel Quemada Cuatrecasas y defendida por el letrado don Borja Sainz de Aja Tirapu, contra:

- FABRICABLE, S.L., representada por la procuradora doña Ángela Palau Fau y defendida por el letrado don Javier Claste Bozzo

- FIBERKABEL, S.L., representada por la procuradora doña Ángela Palau Fau y defendida por el letrado don Jorge Lucarini Labarta

- Don Teofilo , representado por la procuradora doña Marta Durban Piera y defendido por el letrado don Xavier Hortet Martínez.

El tribunal conoce de estos autos en virtud de los recursos de apelación interpuestos por PHERCAB, S.L., FABRICABLE, S.L., FIBERKABEL, S.L. y don Teofilo , contra la sentencia de 28 de junio de 2011 .

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. La demanda de PHERCAB, S.L. solicitaba, con carácter principal, que:



- i. Se declarara que los demandados, FABRICABLE, S.L., FIBERKABEL, S.L. y don Teofilo , habían cometido actos de **competencia desleal** contra la actora.
- ii. Se prohibiera a los demandados comunicar a terceros cualquier información propiedad de la actora u obtenida ilícitamente de ella.
- iii. Se les condenara solidariamente a indemnizar a la actora por los perjuicios sufridos por los actos de **competencia desleal**, en la suma de 318.499,30 euros.
- iv. Se les condenara solidariamente a abonar a la actora 353.459,97 euros, en concepto de enriquecimiento injusto de los demandados por la obtención ilícita de información de la actora y por el aprovechamiento de sus esfuerzos.
- v. Se condenara en costas a los demandados.

Con carácter subsidiario, para el caso de desestimación, en todo o en parte, de las peticiones *iii* y *iv* , se solicitaba la publicación del fallo de la sentencia, una vez, en dos diarios de máxima circulación en la Comunidad de Madrid.

2. El fallo de la sentencia apelada es del tenor siguiente:

" Estimando parcialmente la demanda interpuesta por don Ángel Quemada, procurador de los tribunales y de PHERCAB, S.L., contra FABRICABLE, S.L., FIBERKABEL, S.L., representados por la procuradora de los tribunales doña Ángela Palau Fau, y contra don Teofilo , representado por la procuradora de los tribunales doña Marta Durban Piera, debo acordar y acuerdo:

- 1) Declarar que los demandados han incurrido en actos de **competencia desleal**.
- 2) Prohibir a los demandados que comuniquen a terceros cualquier información propiedad de PHERCAB, S.L. obtenida ilícitamente.
- 3) Condenar a FABRICABLE, S.L., FIBERKABEL, S.L. y a don Teofilo al pago de 22.417,34 [euros] en concepto de daño emergente.
- 4) Condenar a FABRICABLE, S.L., FIBERKABEL, S.L. y a don Teofilo a que solidariamente paguen a la demandante 2.932 euros en concepto de daño emergente.
- 5) Condenar a FABRICABLE, S.L. y a don Teofilo a que solidariamente, paguen a la demandante, en concepto de lucro cesante, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia de acuerdo con los parámetros que se determinan en el fundamento de derecho decimonoveno.
- 6) Condenar a FIBERKABEL, S.L. y a don Teofilo a que paguen solidariamente a la demandante, en concepto de lucro cesante, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia de acuerdo con los parámetros que se determinan en el fundamento de derecho decimonoveno.
- 7) Condenar a FABRICABLE, S.L. y a FIBERKABEL, S.L. a que, en concepto de enriquecimiento injusto, paguen de forma solidaria a la demandante 176.729,88 euros.
- 8) No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales ."

3. PHERCAB, S.L., FABRICABLE, S.L., FIBERKABEL, S.L. y don Teofilo interpusieron recursos de apelación contra la citada sentencia. Admitidos en ambos efectos, se remitieron los autos a esta sala, previo emplazamiento de las partes. Comparecidas éstas, se siguieron los trámites legales y se señaló para votación y fallo el día 9 de enero de 2013.

Ponente: la magistrada MARTA RALLO AYEZCUREN.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 1. Hechos admitidos o acreditados

Para la mejor comprensión de la controversia en esta segunda instancia comenzaremos por relacionar algunos hechos relevantes sobre los cuales no existe discusión en apelación. Por su claridad y exhaustividad, reproducimos sustancialmente la relación de hechos contenida en el fundamento jurídico primero de la sentencia impugnada:

- 1) La demandante, PHERCAB, S.L., domiciliada en Madrid, se constituyó en 1982 y tiene por actividad la venta de cables especiales (o cables para la transmisión de datos) para sectores tales como el de las comunicaciones, la tecnología de la información, la seguridad, la ingeniería y las infraestructuras.



De entre ellos, destaca el sector de la seguridad, que representa el 80% de su facturación. Cuenta con clientes como: Sensormatic Electronic Corporation, ADT España, Segur Control, Ruybesa Instalaciones Integrales de Comunicación, Eulen Seguridad, Instalaciones Eléctricas Hospitalarias, Sensoror, Carlus Sistemas de Seguridad o Securitas. PHERCAB, si bien está presente en toda España, desarrolla su actividad fundamentalmente en la Comunidad Autónoma de Madrid.

2) PHERCAB dispone desde 2005 de un sistema informático denominado Navision, de Microsoft, en que almacena toda la información relativa a sus clientes, proveedores y productos. En julio de 2008, la base de datos de Navision contaba con información sobre 2085 clientes y 408 proveedores. Solo cuatro personas, de un total de catorce, disponían de acceso a la base de datos, entre ellas la Sra. Evangelina .

3) La demandada FABRICABLE, S.L., con domicilio en Sant Adrià del Besós, se constituyó en 1987 y también tiene por objeto la fabricación de cables de energía y seguridad. Su principal accionista y administrador único es don Apolonio . También tiene presencia en todo el territorio español, aunque de forma principal en Cataluña. Además de distribuir, la demandada fabrica sus propios productos a través de la empresa del grupo CEUCABLE, S.L., con sede en Zaragoza.

4) La entidad codemandada FIBERKABEL, S.L. fue constituida el 31 de octubre de 2008. Tiene como administrador a don Apolonio y forma parte del mismo grupo que FABRICABLE. Su objeto social es la fabricación y comercialización de todo tipo de material eléctrico. Se constituyó para ofrecer sus servicios en la zona centro de la península, esto es, en la zona donde de manera principal desarrolla su actividad la demandante.

5) En junio de 2006, PHERCAB contrata como ingeniero de proyectos al demandado don Teofilo y, por indicación de éste, en octubre de 2006, contrata a doña Evangelina , que se integró en el área comercial y de gestión de la demandante. Como se ha expuesto, la Sra. Evangelina disponía de clave de acceso a la base de datos Navision.

6) El 20 de octubre de 2008, doña Evangelina presenta al director de recursos humanos de PHERCAB su carta de dimisión y abandona la empresa sin respetar el preaviso legal. Dos días después, don Teofilo , tras ser asistido de urgencia hospitalaria, causa baja por enfermedad. El 31 de octubre de 2008, la demandante despide al Sr. Teofilo , que se aviene a que su despido se califique como objetivo y acepta una indemnización de 20 días por año trabajado.

7) En febrero de 2009, doña Evangelina se incorpora como trabajadora a FIBERKABEL, en tanto que don Teofilo presta servicios a las codemandadas como trabajador autónomo.

8) Desde finales de 2007, es decir, vigente su relación con PHERCAB, el demandado Sr. Teofilo remite información sobre proveedores, clientes y productos a FABRICABLE.

9) En el trasvase de información colabora activamente el Sr. Felicísimo que, en abril de 2007, se incorpora como comercial a PHERCAB procedente de FABRICABLE. En enero de 2008, el Sr. Felicísimo abandona voluntariamente la empresa y, tras ofrecerse nuevamente a FABRICABLE, es recuperado por esta demandada para actuar como comercial en la zona de Madrid.

10) La actora tiene conocimiento del trasvase de información propia a la competidora, a través de don Felicísimo . Éste, tras ser despedido de forma improcedente de FABRICABLE, remite a PHERCAB los correos electrónicos que se agrupan como documento número 2 de la demanda. Tras conocer el contenido de esos mensajes, PHERCAB contrata los servicios de la empresa de investigación informática CYBEX, que elabora el dictamen acompañado con la demanda como documento 9.

## 2. Demanda

En la demanda que inició este juicio, PHERCAB alegaba que las conductas de los demandados constituían:

- Un ilícito del artículo 13 de la Ley de **competencia desleal** (LCD ), en su redacción a la fecha de la demanda, 29 de octubre de 2009.
- Un acto de expolio y aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno subsumible en la cláusula general del artículo 5 de la LCD .
- Una inducción a la infracción de deberes contractuales básicos y el aprovechamiento de tal infracción en beneficio propio, conductas reguladas en el artículo 14 LCD .

## 3. Sentencia

Tras un detenido análisis de los aspectos fácticos y jurídicos del caso, el juez mercantil consideró que el demandado Sr. Teofilo había incurrido en la conducta tipificada en el artículo 13 LCD , de divulgación de

**secretos empresariales**, y FABRICABLE y FIBERKABEL, en la conducta del artículo 14 LCD, de aprovechamiento en beneficio propio de una infracción contractual ajena mediante la explotación de un **secreto empresarial**. Atendido el pleno acomodo de las conductas de los demandados en los artículos 13 y 14 LCD, el juzgado descartó la aplicación del tipo genérico del artículo 5 LCD.

La sentencia acogió la petición de prohibición a los demandados de comunicar a terceros cualquier información propiedad de PHERCAB, S.L. obtenida ilícitamente y pronunció las condenas de los demandados, por resarcimiento de daños y por enriquecimiento injusto, que se han transcrito en los antecedentes de hecho de esta resolución.

#### **4. Motivos de apelación**

La sentencia del juzgado es impugnada por actora y demandados.

I. Los motivos de recurso de PHERCAB son:

- 1) Infracción del artículo 5 de la Ley de **competencia desleal** (LCD).
- 2) Infracción del artículo 18.6 LCD por valoración incorrecta del enriquecimiento injusto.

II. Los motivos de recurso de FABRICABLE pueden sintetizarse así:

- 1) Los datos obtenidos no son **secreto empresarial**.
- 2) Error en la valoración de la prueba, en los fundamentos jurídicos tercero y décimo de la sentencia.
- 3) Error en la valoración de la prueba al conceder a la base de datos de la actora el valor establecido por sus peritos.

III. FIBERKABEL alega:

- 1) Infracción del artículo 218.2 LEC, por inexistencia de motivación de la condena de FIBERKABEL.
- 2) Error en la valoración de la prueba, al entender que FIBERKABEL incurrió en las prácticas del artículo 14 LCD, en la modalidad de aprovechamiento de **secreto empresarial** ajeno.
- 3) Error en la valoración de la prueba al calificar la información remitida por don Teofilo como **secreto empresarial**.
- 4) Error en la valoración de la prueba al condenar a FIBERKABEL por enriquecimiento injusto.
- 5) Error en la valoración de la prueba al conceder a la base de datos de la actora el valor establecido por sus peritos.

IV. Las alegaciones del recurso de don Teofilo son:

- 1) Previa. Alegación de prueba ilícita por vulneración del derecho fundamental al **secreto** de las comunicaciones.
- 2) Inexistencia de divulgación de **secretos empresariales**.
- 3) Subsidiariamente: improcedencia de la condena del demandado a abonar el 50 % de sus costes salariales y el coste directo derivado de la preparación de la demanda.

#### **5. Alegación del apelante don Teofilo de prueba ilícita por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones**

Se examina, en primer término, atendida su naturaleza, la alegación previa del recurso de apelación de don Teofilo, sobre la ilicitud de determinada prueba pericial del juicio, por vulneración de derechos fundamentales.

Concretamente, el demandado alega la violación de su derecho al **secreto** de las comunicaciones en la prueba pericial practicada, a instancia de la actora, por el perito nombrado por el juzgado, don Moises, atendido el modo en que fue admitida -en los términos propuestos por la actora-. La prueba tenía por objeto analizar las copias de los servidores y ordenadores de FABRICABLE y FIBERKABEL, al objeto de localizar los correos electrónicos -y documentos adjuntos- provenientes de la cuenta de correo personal del Sr. Teofilo o de sus cuentas corporativas, enviados desde el 3 de julio de 2006 hasta el 31 de octubre de 2008, fechas en que el Sr. Teofilo fue empleado de PHERCAB, y, a partir de ellos, salvo los que revelaran aspectos de la vida íntima de alguno de los remitentes o destinatarios, verificar si los datos contenidos se hallaban incorporados en la base de datos Navision de las compañías demandadas y si en éstas había datos de clientes de la demandante.

Conferido traslado de la prueba pericial solicitada por PHERCAB, los tres demandados se opusieron, alegando que vulneraba el derecho fundamental al **secreto** de las comunicaciones reconocido en el artículo 18.3 de la



Constitución española (CE ). El juzgado admitió la prueba, en auto motivado de 9 de noviembre de 2010 e, impugnado éste, desestimó los recursos de reposición mediante nuevo auto de 26 de enero de 2011.

Según el dictamen pericial (ff. 2825 y ss. de las actuaciones), para la práctica de la prueba, fueron entregados al perito cinco discos duros que habían sido depositados en el juzgado, en envoltorios debidamente precintados, en la diligencia de aseguramiento de prueba practicada por el mismo juzgado el 16 de febrero de 2010, en las instalaciones de las empresas demandadas. Aquella diligencia la había llevado a término un perito distinto, don Santiago . El perito don Moises indica qué tipo de ficheros contiene cada uno de los discos duros; identifica las cuentas de correo electrónico que contienen y el número de mensajes; manifiesta que ha buscado los mensajes que contuvieran textos con el nombre de los demandados y que ha realizado un filtrado personal, revisando los mensajes, para comprobar que fuesen relevantes y no contuvieran referencias personales, tal como se había establecido al admitir la prueba. El perito define la cuenta de correo como un depósito de mensajes de correo electrónico, asociado a una dirección de correo electrónico y a su usuario correspondiente. Dentro de una cuenta, se pueden encontrar todos los mensajes enviados y recibidos por el usuario que éste no haya borrado.

El artículo 287 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC ) establece el tratamiento de la prueba ilícita, aquélla en cuya obtención u origen se han vulnerado derechos fundamentales. Exige que la parte lo alegue de inmediato, con traslado a las demás partes, aunque puede también suscitarse de oficio por el tribunal. Contra la decisión del juez cabe recurso de reposición, sin perjuicio del derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva. Así la ha impugnado el demandado don Teofilo ; no, en cambio, las codemandadas FABRICABLE y FIBERKABEL, que en esta segunda instancia invocan expresamente en su defensa determinados datos resultantes del análisis de documentación efectuado por el perito.

6. El artículo 18.3 CE (dentro del Título Primero, Capítulo II, Sección 1, " De los derechos fundamentales y de las libertades públicas "), establece que " Se garantiza el **secreto** de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. "

El recurrente Sr. Teofilo alega, en este punto, como lo hizo ante el juzgado, que, pese a que la literalidad del artículo 18.3 CE puede inducir a pensar que basta la autorización judicial, es necesaria una habilitación legal suficiente. Así deriva, efectivamente, de la interpretación conforme al artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Según el recurrente, el juzgador de instancia carecía de esa habilitación legal.

El auto del juzgado de 9 de noviembre de 2010, confirmado por el posterior de 26 de enero de 2011, citó el auto de esta Sección 15ª de 2 de febrero de 2006 , que, en relación con el **secreto** de las comunicaciones que se denunciaba violado en un procedimiento de medidas cautelares, también sobre mensajes de correo electrónico -aunque en circunstancias no exactamente coincidentes con las de este caso-, invocó las Sentencias del Tribunal Constitucional 56/2003, de 24 de marzo , 123/2002, de 20 de mayo , 70/2002, de 3 de abril y 114/1984, de 29 de noviembre , que se hacía eco de la STEDH de 2 de agosto de 1984 (caso Malone ).

En el caso de autos, el juez mercantil expuso que, con arreglo a la doctrina constitucional citada, la protección del derecho al **secreto** de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, por lo que, finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza, en su caso, a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos. En cuanto a las injerencias en el derecho a la intimidad de las personas, el juez invocó la doctrina constitucional ( SSTC 37/1989, de 15 de febrero , 207/1996, de 16 de diciembre y la ya citada 70/2002 ), con arreglo a la cual, " la legitimidad constitucional de dichas prácticas, aceptada excepcionalmente, requiere también el respeto de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido -idoneidad-; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objetivo propuesto -necesidad-; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre -proporcionalidad estricta ".

El juez entendió que en el caso, en que estaba en juego el derecho fundamental a la prueba y a la tutela judicial efectiva ( artículo 24 CE ), la intromisión era legítima y proporcionada: la demanda denunciaba transferencia de información confidencial de la actora y existían indicios de que el mecanismo utilizado fue, precisamente, el correo electrónico, conforme a los documentos 2 y 9 de la actora, cuya licitud no se había puesto en duda. No existía otro medio idóneo; las palabras de búsqueda permitían acotarla a lo que era de interés en el procedimiento; el perito era de designación judicial, debía desempeñar su pericia lealmente y descartar contenidos que afectaran a la intimidad de las personas o a cuestiones ajenas al objeto del proceso.



7. El recurso alega que la tesis sostenida por el juez, de que la protección del derecho al **secreto** de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo -y no a la protección de lo recibido, una vez finalizado el proceso- solo sería aplicable en el caso de que la utilización de lo comunicado la hicieran los propios comunicantes. Según el apelante, si se trata de terceros, la protección alcanza tanto a la interceptación del proceso de comunicación como al conocimiento del contenido del mensaje o de la comunicación en sí misma. Para sostener esa interpretación invoca la STC 114/1984 .

El argumento del recurrente no puede acogerse. La lectura de la STC 114/1984 no permite, a nuestro juicio, la interpretación que la parte defiende.

La STC 114/1984 deja claro que " *el derecho al «secreto de las comunicaciones... salvo resolución judicial» no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida* " (FJ 7). La razón de la denegación del amparo (de la no apreciación de vulneración del artículo 18.3 CE ) es precisamente que, en el caso, la grabación de la conversación telefónica la realizó uno de los interlocutores.

Es cierto que la STC (FJ 7), contiene importantes consideraciones sobre el bien constitucionalmente protegido por el artículo 18.3. Éste es " - a través de la imposición a todos del «secreto»- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo). Por ello, no resulta aceptable lo sostenido por el Abogado del Estado en sus alegaciones en el sentido de que el artículo 18.3 de la Constitución protege sólo el proceso de comunicación y no el mensaje, en el caso de que éste se materialice en algún objeto físico. Y puede también decirse que el concepto de «secreto», que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales " (cita la STDH de 2 de agosto de 1984 -caso Malone).

Ahora bien, la STC 114/1984 :

a) No examina en profundidad el ámbito objetivo del concepto comunicación -el caso no lo requería, atendida la evidencia de los aspectos subjetivos-: " *Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado* " (FJ 7).

b) Y, por ello, todavía menos distingue, como pretende el apelante, entre interlocutores y terceros, a los efectos de que el **secreto** de las comunicaciones alcance en el primer caso solamente al proceso de comunicación y, en el segundo, también a lo comunicado. Precisamente, el TC es rotundo al establecer que el artículo 18.3 no juega, en ningún caso, entre interlocutores -sin perjuicio de la afectación, en su caso, del derecho a la intimidad, si existiera un deber de reserva-.

8. Sentado lo anterior, es cierto que la STC 114/1984 hace otras consideraciones, que hemos transcrito, sobre el derecho fundamental al **secreto** de las comunicaciones. Sin embargo, la doctrina constitucional posterior introduce la distinción recogida en las resoluciones del juzgado.

La STC 70/2002, de 3 de abril , expone que " *los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE* " (FJ 9).

Declara que " *el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente* ", pero también aprecia que la intervención, en el caso que examina, " **no interfiere un proceso de comunicación, sino que el citado proceso ya se ha consumado, lo que justifica el tratamiento del documento como tal [...] y no en el marco del secreto de las comunicaciones. La protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos** " (FJ 9) (los subrayados son nuestros).

La doctrina de la STC 70/2002 no es una sentencia aislada. La STC 123/2002, de 20 de mayo , declara que " *la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación* ( mutatis mutandi respecto de las comunicaciones postales STC 70/2002 )



mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación: su existencia, contenido y las circunstancias externas del proceso de comunicación antes mencionadas. " (FJ 5).

" La aplicación de la doctrina expuesta conduce a concluir que la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una **interferencia en el proceso de comunicación** que está comprendida en el derecho al **secreto** de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE . En efecto, los listados telefónicos incorporan datos relativos al teléfono de destino, el momento en que se efectúa la comunicación y a su duración, para cuyo conocimiento y registro resulta necesario **acceder de forma directa al proceso de comunicación mientras está teniendo lugar**, con independencia de que estos datos se tomen en consideración una vez finalizado aquel proceso " (FJ 6).

Esta jurisprudencia constitucional, según la cual, la protección del derecho al **secreto** de las comunicaciones solo alcanza al proceso de comunicación mismo, se reitera en las SSTC 56/2003, de 24 de marzo y 241/2012, de 17 de diciembre .

9. Con base en la doctrina constitucional expuesta, en resoluciones anteriores ( auto antes citado de 2 de febrero de 2006 , sentencia de 9 de mayo de 2008 y auto de 9 de julio de 2010 ) hemos concluido que una prueba de las características de la examinada no constituye una vulneración del **secreto** de comunicaciones de los demandados -ni, atendidas las circunstancias del caso, de su derecho de intimidad, que aquí no se alega vulnerado-.

La STC 142/2012, de 2 de julio , posterior a la resolución impugnada y al recurso de apelación del Sr. Teofilo , aporta otros matices a la cuestión, cuando afirma: " a pesar de las múltiples funciones tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros a través de internet que posee un ordenador personal, el acceso a su contenido podrá afectar bien al derecho a la intimidad personal ( art. 18.1 CE ), bien al derecho al **secreto** de las comunicaciones ( art. 18.3 CE ) en función de si lo que resulta desvelado a terceros son, respectivamente, datos personales o datos relativos a la comunicación " (FJ 3).

Atendido que el acceso -en el caso objeto de la STC 142/2012 , a un teléfono móvil- se limitó a los datos recogidos en el archivo de contactos telefónicos pero no en el registro de llamadas efectuadas y/o recibidas, la STC razona que " dichos datos no forman parte de una comunicación actual o consumada, ni proporcionan información sobre actos concretos de comunicación pretéritos o futuros [...] con el acceso a la agenda de contactos telefónicos [...] no ha obtenido dato alguno concerniente a la transmisión de comunicación emitida o recibida por el teléfono móvil, sino únicamente un listado de números telefónicos introducidos voluntariamente por el usuario del terminal sobre los que no consta si han llegados a ser marcados. Por tanto, siendo lo determinante para la delimitación del contenido de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 18.1 y 18.3 CE, en los términos ya expuestos, no el tipo de soporte, físico o electrónico, en el que la agenda de contactos esté alojada o el hecho, destacado por el recurrente, de que la agenda sea un aplicación de un terminal telefónico móvil, que es un instrumento de y para la comunicación, sino el carácter de la información a la que se accede, no cabe considerar que en el presente caso la actuaciones [...] supusiera una injerencia en el ámbito de protección del art. 18.3 CE (FJ 3).

"[...] no puede dejar de destacarse, como ya se hiciera en la citada STC 173/2011 , FJ 3, respecto de un ordenador personal, la circunstancia indubitada de que un teléfono móvil, al menos en este caso, es un instrumento cuyo fin esencial es la participación en un proceso comunicativo protegido por el art. 18.3 CE y, por tanto, que en el mismo quedan almacenados datos relevantes que afectan al **secreto** de las comunicaciones. De ese modo, la potencial afectación que el acceso a un teléfono móvil puede tener en el derecho al **secreto** de las comunicaciones implica que el parámetro de control a proyectar sobre la conducta de acceso a dicho instrumento deba ser especialmente riguroso, tanto desde la perspectiva de la existencia de norma legal habilitante, incluyendo la necesaria calidad de la ley, como desde la perspectiva de si la concreta actuación desarrollada al amparo de dicha ley se ha ejecutado respetando escrupulosamente el principio de proporcionalidad " .

Podría entenderse que, en esta sentencia 142/2012, el TC considera que, cuando se trata del acceso al contenido -de un ordenador, en nuestro caso- queda afectado el derecho al **secreto** de las comunicaciones del artículo 18.3 CE siempre que lo desvelado a terceros sean datos relativos a una comunicación, incluso pretérita. Sin embargo, no nos inclinamos por tal interpretación.

En primer lugar, porque la STC 142/2012 en ningún momento llega a contradecir el criterio establecido en las SSTS antes referidas ( SSTC 70/2002 , 123/2002 , 56/2003 y 241/2012 ).

Por otra parte, porque cita expresamente la STC 173/2011, de 7 de noviembre , que, al tratar de las funciones del ordenador, continúa diferenciando entre los supuestos de afectación del derecho al **secreto** de las



comunicaciones y del derecho a la intimidad personal, de la manera siguiente: " *el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al **secreto** de las comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal ( art. 18.1 CE ), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado* " (FJ 3). Es decir, reitera la distinción entre los actos de comunicación y su almacenamiento para distinguir los derechos fundamentales afectados, el **secreto** de las comunicaciones y la intimidad, respectivamente.

Finalmente, como se ha dicho, porque la STC 241/2012, posterior a todas las citadas, reproduce (FJ 4) lo dicho en la STC 70/2002 : " *que la protección del derecho al **secreto** de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan otros derechos* ".

**10.** La doctrina constitucional sobre la aplicación del régimen del **secreto** de las comunicaciones a los mensajes de correo electrónico ha generado dudas y dificultades prácticas. Según la Circular de la Fiscalía General del Estado de 11 de enero de 2013, " *No es tan claro el tratamiento a dar al acceso al contenido de un correo ya leído por el receptor. Se ha defendido que estos correos quedan fuera del ámbito del art. 18.3 CE, toda vez que se entiende concluido el proceso de comunicación, quedando sólo protegidos por el derecho a la intimidad (vid. en este sentido en relación con el correo ordinario STC nº 70/2002, de 3 de abril). En todo caso, dado lo difícil de deslindar uno y otro tipo de correo, razones de prudencia deben llevar a solicitar la autorización judicial para acceder a cualquier mensaje enviado por correo electrónico.*

Ahora bien, las razones plausibles de prudencia en la base de la instrucción citada no justifican la apreciación de vulneración del artículo 18.3 CE en el caso de autos.

Recientemente, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 abril 2013, declara: " *En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos ( art. 18.4 de la CE ). Pero su contenido también puede albergar -de hecho, normalmente albergará- información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Es opinión generalizada que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.*

En cualquier caso, la protección de los derechos fundamentales por el juez ordinario ha de realizarse siguiendo la doctrina sentada por el TC. Las SSTC 70/2002, 123/2002, 56/2003 y 241/2012 obligan a distinguir en la comunicación un aspecto dinámico y otro estático. En el caso de autos, en el momento de practicarse la prueba, los mensajes de correo electrónico ya habían llegado a sus destinatarios y estaban almacenados en los ordenadores de las compañías demandadas, por lo que el proceso de comunicación había concluido. La fuente de conocimiento de los datos no ha sido la interferencia en una comunicación en curso (el control de los mensajes simultáneo a su producción), sino el registro de los mensajes que las sociedades demandadas conservan en la memoria de su ordenador. Por tanto, como razonó el juez mercantil en los autos que resolvieron motivadamente la cuestión en la primera instancia, a partir de la doctrina constitucional citada, estimamos que no se vulneró el derecho al **secreto** de las comunicaciones de los demandados. Atendidas las condiciones de admisión y práctica de la prueba, tampoco se vulneró -ni se alega- el derecho a la intimidad ni ningún otro derecho fundamental.

**11. Alegación de los apelantes FABRICABLE, FIBERKABEL y don Teofilo de que los datos de PHERCAB remitidos no tienen el carácter de **secreto empresarial****

Los recursos de los tres demandados no discuten la realidad del trasvase de datos de PHERCAB por el Sr. Teofilo, sino la naturaleza y relevancia de esos datos, a los efectos de negar que constituyan **secretos empresariales**.

Que se trate o no de **secretos empresariales** es decisivo en el litigio, para apreciar si se cumplen los tipos de los artículos 13 y 14 LCD (nos referimos siempre a la redacción de la ley vigente al tiempo de presentar la demanda, en octubre de 2009) y si se dan los presupuestos de la acción de enriquecimiento injusto del artículo 18.6ª LCD.





Conforme al artículo 13.1 LCD : " 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. "

El apartado 3 del mismo artículo establece: " La persecución de las violaciones de **secretos** contempladas en los apartados anteriores no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del **secreto**. "

El artículo 14 LCD dice, en su apartado 2, aplicado por el juez mercantil: " La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un **secreto** industrial o **empresarial** o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas. "

Como hemos dicho reiteradamente (entre otras, sentencias de 20 de enero , 16 de mayo o 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.

12. La sentencia del juzgado analiza en qué ha consistido el contenido de la información remitida por el Sr. Teofilo a FABRICABLE, valorando conjuntamente los correos electrónicos que se acompañan a la demanda como documento número 2, el informe pericial de CYBEX (documento 9) y la prueba pericial judicial, contenida en los tomos XI y XII de los autos.

- Según el juez, desde noviembre de 2007 hasta octubre de 2008, las demandadas accedieron a cuanta información consideraron relevante de la base de datos Navision de PHERCAB. No considera acreditado, en cambio, que la base de datos, en su conjunto, fuera entregada a las demandadas, puesto que no ha sido localizada en los discos duros analizados por el perito. La información fue proporcionada mediante innumerables correos electrónicos, remitidos a lo largo de once meses, por lo que: 1) no hubo traspaso en bloque y 2) el volumen de datos fue muy elevado.

- En la sentencia, se hace referencia al documento 17 descrito en la página 96 del informe de CYBEX. Se trata de un documento Word, creado por el Sr. Teofilo el 20 de noviembre de 2007, denominado *¿ plan de actuación* ", en el que se describen "  *las pautas de actuación sobre las cuales se apoyará la consolidación y el desarrollo posterior de una nueva delegación provincial de FABRICABLE en la zona centro de España, concretamente en Madrid* ", mediante un equipo que estaría integrado por el propio Sr. Teofilo y Don. Felicísimo . La información trasvasada tendría la finalidad de facilitar la expansión de FABRICABLE en aquella zona en que PHERCAB, para quien trabajaba el Sr. Teofilo , tenía mayor cuota de mercado.

- El informe CYBEX reproduce los correos electrónicos del Sr. Felicísimo y, a partir de la información proporcionada por el proveedor de Internet ONO, concluye que su contenido es auténtico, sin que se aprecie ningún indicio de manipulación (fundamento de derecho 6º de la sentencia del juzgado; extremo no desvirtuado en la segunda instancia). De los correos proporcionados por el Sr. Felicísimo a PHERCAB, el juez infiere que el Sr. Teofilo remitió información a FABRICABLE sobre los principales clientes y proveedores de la actora -se identifican en la sentencia, junto al número del mensaje en que aparecen-

- El juez destaca el correo 2.10: *¿ Adjunto os remito los datos de las nueve empresas que ya os comenté el jueves. Espero que seande utilidad .* " Adjunta cinco archivos. Del primero de ellos, "  *Análisis de coste* ", el Sr. Teofilo dice literalmente que es "  *el más importante, porque contiene todos aquellos datos que nos pueden ayudar a evaluar adecuadamente el terreno para montar un plan de ataque lo más adecuado posible* ". Especifica: "  *he incluido todos los materiales que consumen las empresas que os mando* "; "  *Las cifras que se reflejan en las columnas de cantidad de cada empresa, representa la cantidad real consumida en el periodo de 1/1/07 al 25/11/07 por cada uno de ellos* "; "  *los precios unitarios de coste y venta [...] son los reales para cada producto [...] por lo que se puede hacer una comparación con los precios de Fabricable* ". Incluye también "  *contactos de empresas* " y finaliza proponiendo "  *una vez que habéis analizado y repasado la información que os mando*



estamos en disposición de plantear cómo vamos a aprovechar todos estos datos. Teniendo en cuenta el tipo de empresas que tenemos delante, así como el material que consumen, yo me inclino intentar entrar en cada una de ellas por el tema de alarmas, coax, ... en fin por el material que os he relacionado ". Más adelante, advierte que " todo dependerá del precio, el servicio (este punto es muy, muy importante, ya que están acostumbrados a que se les responda con inmediatez, así que cuidarlo) ". Incluye datos de productos y proveedores para aquellos cables de los que no disponga FABRICABLE.

- La sentencia se refiere al documento 2.8, como evidencia de la importancia de los datos de PHERCAB a los que accedió FABRICABLE. Es un correo fechado a 25 de enero de 2008, remitido por quien firma Sandro, de FABRICABLE, -al parecer, hijo del administrador- Don. Felicísimo . En el mensaje se dice: *¿ como te he indicado en el anterior e-mail, estamos introduciendo todos los contactos de Madrid en Navision para empezar a crear campañas y gestionar toda la zona comercial .* " El primer apartado de las tareas pendientes se titula " Base de Datos Inicial de Phercab " e indica: " Esta Base de Datos la estamos introduciendo en Navision para la campaña de SICUR 2008, con lo que es importante obtener todos los datos que aún falta por conseguir " .

- El juez considera también significativo el documento 2.15, correo fechado a 18 de marzo de 2008, en que el demandado Sr. Teofilo adjunta un archivo con las características de un cable que determinado proveedor de PHERCAB fabrica para determinado cliente y pregunta: *¿ Nosotros podemos fabricarlo?*  " .

- Puede aludirse también al correo 2.1, en que el Sr. Teofilo , para facilitar la entrada de las codemandadas en SEGURIBER, cliente de PHERCAB, adjunta un archivo con *¿precios especiales de Seguriber¿* y una relación de los materiales que ha comprado ese cliente. Los correos siguientes (2.2 a 2.6) adjuntan el mismo tipo de información de otros tantos clientes de la actora.

- El informe del perito nombrado por el juzgado confirma la naturaleza de la información remitida por el Sr. Teofilo a FABRICABLE. El juez recoge el resumen del perito, según el cual, los mensajes incluyen informaciones de carácter comercial de hasta 306 empresas, con datos de contacto, ofertas comerciales y presupuestos detallados elaborados por PHERCAB y presentados por ésta a sus clientes, informaciones sobre clientes morosos de PHERCAB e información detallada de ventas y facturación de PHERCAB. La sentencia destaca el contenido de varios de aquellos mensajes y el uso por el Sr. Teofilo de la primera persona del plural (*Nosotros podemos fabricarlo?* ) como si estuviera integrado en FABRICABLE, cuando todavía trabajaba para PHERCAB.

- En numerosos mensajes, el Sr. Teofilo remite datos sobre productos, facturación y previsiones de venta de PHERCAB.

**13.** A partir de los datos resumidos, el juez concluye que el demandado Sr. Teofilo incurrió en la conducta prevista en el artículo 13 LCD . Razona ampliamente que no nos hallamos ante la divulgación, sin más, de listados de clientes o proveedores, sino ante el trasvase de información relevante que PHERCAB trató de proteger en todo momento, adoptando las cautelas necesarias. Se trataría, por tanto, de **secretos empresariales**. Los demandados, como se ha dicho, niegan que concurran los elementos que permitan calificar de **secretos empresariales** las informaciones obtenidas.

i. Este tribunal considera acreditado que se trata de información secreta, en el sentido de no conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión. Los datos sobre los productos y materiales que consumen los clientes de PHERCAB, las cifras de consumo de cada cliente en cada período y los precios de coste y venta de los productos, así como las condiciones comerciales, tienen ese carácter. Como expone el Sr. magistrado, la prueba testifical del juicio ha averdado que se trata de productos muy específicos, adaptados a las condiciones propias de cada cliente. No existen precios de referencia, sino que se pactan de forma individualizada. No son datos conocidos por los terceros y, en cuanto al ámbito interior de la empresa, la base de datos es accesible solamente para cuatro personas (al tiempo de los hechos, tres directivos y Doña. Evangelina ).

ii. Se trata, sin duda, de información con valor comercial. Como señala el juez, ello deriva precisamente del hecho de que PHERCAB distribuye un producto que se ajusta a las características de cada cliente con precios que conviene con cada uno de ellos. El tenor de los documentos remitidos por el Sr. Teofilo elimina cualquier duda sobre el valor comercial de la información. Así, cuando dice abiertamente que los documentos contienen "  *todos aquellos datos que nos pueden ayudar a evaluar adecuadamente el terreno para montar un plan de ataque lo más adecuado posible*  " y especifica que, a esos efectos, ha incluido todos los materiales que consumen las empresas referidas, las cantidades reales consumidas por cada empresa en determinado periodo de tiempo, los precios unitarios reales de coste y venta para cada producto. Todo ello permitirá "  *hacer una comparación con los precios de Fabricable .* "

iii. Finalmente, la información ha sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta. Como aprecia el juez - y no se ha cuestionado-, solamente tres personas de la dirección de la empresa,



además de la Sra. Evangelina , disponían de llave de acceso a Navision. El resto de trabajadores solo tenían acceso parcial al contenido de la base de datos y lo tenían por medio de alguna de las personas a quienes la empresa confió el manejo de la información comercial.

En el recurso de apelación del Sr. Teofilo se niega que la información que el demandado remitió a FABRICABLE se extrajera de la base de datos. El propio Sr. Teofilo , en su declaración en el acto de la vista, lo negó también y afirmó que iba recogiendo la información de encima de las mesas o de las gavetas donde se depositaban (en papel) las ofertas que se iban haciendo. A las dudas que suscita la opción, en el contexto de autos, por un método tan rudimentario y laborioso, se unen, por un lado, las constataciones del informe de CYBEX, no desvirtuadas, que confirman la correlación entre la información de las copias de seguridad de la base de datos de la actora (concretamente, la fechada a 14 de julio de 2008) y la documentación que remitía el Sr. Teofilo a FABRICABLE, por los elementos coincidentes que allí se indican (f. 427 y ss.), tal como confirmó el testigo Sr. Aureliano (video 4, minuto 8).

Se une también el contenido explícito de las comunicaciones de FABRICABLE. Así, el documento 2.8, antes citado, remitido por FABRICABLE, dice: " como te he indicado en el anterior e-mail, estamos introduciendo todos los contactos de Madrid en Navision [entendemos que se refiere a la base Navision de la demandada] para empezar a crear campañas y gestionar toda la zona comercial ." El primer apartado de las tareas pendientes se titula " Base de Datos Inicial de Phercab " e indica: " Esta Base de Datos la estamos introduciendo en Navision para la campaña de SICUR 2008, con lo que es importante obtener todos los datos que aún falta por conseguir ".

Es cierto que no se ha establecido en autos el modo en que el Sr. Teofilo accedió al contenido de la base de datos. El Sr. magistrado no llega a concluir que fuera por medio de Doña. Evangelina . Se limita a constatar que ésta era amiga personal del Sr. Teofilo ; que PHERCAB contrató a la Sra. Evangelina por indicación del Sr. Teofilo y que actualmente la Sra. Evangelina trabaja para FABRICABLE (en realidad, FIBERKABEL), como el Sr. Teofilo , y no descarta que fuera ella quien facilitara el acceso generalizado a toda la información comercial.

El hecho de que las medidas de protección de la base de datos de PHERCAB se hayan demostrado *a posteriori* insuficientes no excluye su consideración de medidas razonables atendidas las circunstancias del caso.

Por lo expuesto, compartimos la conceptualización de las informaciones como **secretos empresariales** que mantiene la sentencia de la primera instancia y desestimamos la alegación contraria de los demandados apelantes.

#### **14. Alegación de FABRICABLE de error en la valoración de la prueba, en los fundamentos jurídicos tercero y décimo de la sentencia**

El recurso de FABRICABLE impugna dos afirmaciones concretas contenidas en la sentencia del juzgado, la primera en el fundamento de derecho tercero; la segunda, en el fundamento de derecho décimo.

I. Por lo que respecta al fundamento tercero, la apelante se refiere a la manifestación siguiente: " cabe concluir que, al menos desde el mes de noviembre de 2007 y hasta octubre de 2008, las demandadas accedieron a cuanta información consideraron relevante de la base de datos Navision ". Según FABRICABLE no habría prueba alguna que sustentara tal afirmación, sino todo lo contrario.

No compartimos la alegación.

a) La recurrente subraya el hecho de que la propia sentencia reconoce que FABRICABLE no indujo al incumplimiento contractual del Sr. Teofilo , sino que aprovechó la información que éste le remitía por correo electrónico, información procedente, según se dice, de la base de datos de PHERCAB. Es cierto que la sentencia del juzgado (fundamento decimotercero) no aprecia en FABRICABLE inducción a la infracción contractual, porque considera que no se ha acreditado si fueron las entidades demandadas las que persuadieron al Sr. Teofilo a divulgar **secretos** de PHERCAB o, como parece más probable, si fue el propio Sr. Teofilo , con la estrecha colaboración de don Felicísimo , quien tomó la iniciativa.

Sin embargo, no puede confundirse el dato de quién tuviera la iniciativa de la actuación de divulgación de **secretos** con la capacidad de FABRICABLE de, una vez aquella actuación en curso, obtener todas las informaciones que considerara relevantes. En la tesis que el Sr. magistrado consideró más probable, el Sr. Teofilo se habría ofrecido -sin ser inducido- a trasvasar los **secretos** a FABRICABLE y ésta habría accedido a la base de datos de PHERCAB, tanto a aquellas informaciones que el Sr. Teofilo , espontáneamente, le remitiera, por considerarlas de interés para la demandada, como aquellas otras no remitidas que FABRICABLE recabara por considerarlas también relevantes. En los mensajes transcritos constan ejemplos de ambas modalidades.

b) Es cierto que FABRICABLE, según el juez estima probado, accedió a los datos de PHERCAB por medio del Sr. Teofilo y, por tanto, como afirma el recurso, solo tuvo acceso a la información que le era remitida por conducto de este demandado -insistimos, conforme a lo probado en el juicio-. En ese sentido, se acepta que FABRICABLE



no tuvo un acceso libre y directo a la base de datos, sino solamente un acceso indirecto o mediato a través del intermediario. Lo dice expresamente el juez mercantil cuando señala que la base de datos en su conjunto no fue entregada a las demandadas.

Eso no se opone, sin embargo, a la constatación del Sr. magistrado que combate FABRICABLE, ya que, por ese procedimiento indirecto o en dos fases, es decir, con la intermediación de quien prestaba sus servicios para PHERCAB -o, quizás más exactamente, de la persona contratada como ingeniero de proyectos por PHERCAB- las demandadas -y, concretamente, FABRICABLE que es quien invoca el motivo de apelación- accedieron a cuanta información consideraron relevante de la base de datos.

c) Sobre el acceso de don Teofilo a la base de datos, ya nos hemos manifestado. El hecho de que en el juicio no haya podido establecerse el mecanismo no excluye ese acceso. Basta recordar, de nuevo, el documento 2.8 de la demanda, e-mail remitido por FABRICABLE: "*estamos introduciendo todos los contactos de Madrid en Navision para empezar a crear campañas y gestionar toda la zona comercial [...] Base de Datos Inicial de Phercab [...] Esta Base de Datos la estamos introduciendo en Navision para la campaña de SICUR 2008, con lo que es importante obtener todos los datos que aún falta por conseguir*".

II . En relación con lo anterior, FABRICABLE impugna el inciso final del fundamento de derecho décimo de la sentencia del juzgado, cuando afirma que no puede descartarse que doña Evangelina facilitara al Sr. Teofilo el acceso generalizado a toda la información comercial. Ya nos hemos referido a la cuestión. No se ha probado tal facilitación y el juez no la tiene por probada. Se limita a valorar el conjunto de elementos principales y circunstanciales del caso, que no pueden ser ignorados en un litigio sobre **competencia desleal** como el que nos ocupa.

### 15. Alegación de FIBERKABEL de infracción del artículo 218.2 de la Ley de enjuiciamiento civil

La demandada FIBERKABEL alega que la sentencia del juzgado infringe el artículo 218.2 LEC (" Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. *La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón* ").

La apelante refiere que, en la relación de hechos que se declaran probados en el fundamento de derecho primero de la sentencia, solamente aparece FIBERKABEL en dos momentos: 1) cuando, en el apartado 4º, se afirma que FIBERKABEL fue constituida el 31 de octubre de 2008, tiene por administrador al Sr. Apolonio, forma parte del mismo grupo que FABRICABLE, tiene por objeto social la fabricación, comercialización, etc. de todo tipo de material eléctrico y se constituyó para ofrecer sus servicios en la zona centro de la península, donde de manera principal desarrolla su actividad PHERCAB; y 2) cuando, en el apartado 7º, se hace constar que, en febrero de 2009, doña Evangelina se incorpora como trabajadora a FIBERKABEL, en tanto que don Teofilo presta servicio a las demandadas como trabajador autónomo.

FIBERKABEL alega que esos dos solos hechos no pueden fundamentar su condena por actos de **competencia desleal** y que en ningún pasaje de la sentencia se argumenta en qué habría consistido el aprovechamiento ilícito del que se pretende responsabilizar a FIBERKABEL.

Entendemos que la relación de hechos contenida en el fundamento de derecho primero de la sentencia impugnada no agota el conjunto de hechos relevantes tenidos en cuenta por el juzgado, de la misma forma que los hechos admitidos o acreditados que hemos consignado al inicio de la fundamentación de esta resolución tampoco constituyen el catálogo completo del material fáctico de autos, sino unos hechos básicos que permiten una aproximación -fiel- al conflicto y a su contexto. A lo largo de su sentencia, el juez mercantil profundiza en el análisis de aquellos datos, de los que extrae o a los que añade otros, de mayor o menor alcance.

Así, en el fundamento de derecho décimo razona que la información a la que finalmente tuvieron acceso las demandadas estaba almacenada en la base de datos Navision (de PHERCAB).

Consideramos lógico que la sentencia trate más detenidamente la conducta de la demandada FABRICABLE que la de la sociedad codemandada FIBERKABEL, puesto que esta última no inició su actividad, según la propia sentencia, hasta el año 2009. Por tanto, fue FABRICABLE quien recibió la información ilícitamente obtenida de PHERCAB, por medio de los correos electrónicos ya mencionados. Solo en un momento posterior intervino FIBERKABEL a quien el juez imputa el aprovechamiento en beneficio propio de la infracción contractual del Sr. Teofilo, mediante la explotación de un **secreto empresarial**. Por ello, la sentencia ha condenado a FIBERKABEL a indemnizar a PHERCAB por el lucro cesante, partiendo de la cantidad total de 13.573,67 euros, en que el juez fija la facturación por los clientes ganados por dicha sociedad de forma ilícita, según el informe pericial, y la condena también por enriquecimiento injusto, en pronunciamientos que FIBERKABEL impugna por error en la valoración de la prueba.



No podemos apreciar, por tanto, la infracción del artículo 218.2 LEC .

**16. Alegación de FIBERKABEL de error en la valoración de la prueba , al entender que FIBERKABEL incurrió en las prácticas del artículo 14 de la Ley de *competencia desleal* en la modalidad de aprovechamiento de *secreto empresarial ajeno***

Pese a que FIBERKABEL insiste en que no pudo incurrir en inducción a la infracción contractual ajena, dejaremos de lado tales alegaciones, ya que el juez no ha imputado esa conducta a ninguna de las sociedades demandadas. Por lo que respecta al aprovechamiento indebido del *secreto empresarial* por FIBERKABEL, ya se ha dicho que no fue esta parte la interlocutora del Sr. Teofilo en el trasvase de información. Ello no impide que haya aprovechado después esa información, con conocimiento pleno de su origen ilícito. Pese a las dificultades de prueba inherentes a las actuaciones en el ámbito interno del grupo de empresas demandadas, a partir de la documentación aportada a los autos consideramos acreditado que la implantación y desarrollo de FIBERKABEL constituía uno de los objetivos principales, si no el principal, de la obtención de información.

Remitimos a los mensajes antes transcritos en que el Sr. Teofilo y FABRICABLE trataban del " *plan de actuación* ", dando a entender claramente que eran actos preparatorios para " *la consolidación y el desarrollo posterior de una nueva delegación provincial de FABRICABLE en la zona centro de España, concretamente en Madrid* " e intercambiaban " *todos aquellos datos que nos pueden ayudar a evaluar adecuadamente el terreno para montar un plan de ataque lo más adecuado posible* ". FABRICABLE, en su contestación a la demanda, expone que, " *en el mes de noviembre de 2007, el Sr. Felicísimo se presentó en FABRICABLE acompañado del Sr. Teofilo presentando un proyecto [...] para la instalación en Madrid de la delegación de FABRICABLE* " (f. 1082).

Que esa delegación en Madrid era la nueva entidad FIBERKABEL, constituida el 31 de octubre de 2008, y cuyo administrador es don Apolonio , el administrador único de FABRICABLE, lo admite expresamente la parte demandada. El escrito de oposición de PHERCAB al recurso de FIBERKABEL pone de relieve la confusión en que incurren las sociedades demandadas en este punto. Así, en su contestación a la demanda, FABRICABLE afirma que pese a tener su mayor implantación en Cataluña, cuenta " *a través de FIBERKABEL, con una sede en Madrid* " (f. 1074); que FABRICABLE conoció a la Sra. Evangelina cuando " *interesada que estuvo por fichar a una administrativa para la sede de Madrid* ", recibió el currículum de la Sra. Evangelina -que, como se ha dicho, es empleada de FIBERKABEL (f. 1102); por tanto, fue FABRICABLE quien la seleccionó como personal de FIBERKABEL-. La demandante observa también que, el acta de práctica de las diligencias de aseguramiento de prueba y el informe pericial elaborado sobre los sistemas informáticos demuestran que todos los sistemas informáticos de FIBERKABEL estaban en las instalaciones y en los servidores de FABRICABLE.

PHERCAB recuerda, asimismo, que el testigo Sr. Jose Luis , proveedor de las tres sociedades litigantes, declaró en el acto del juicio: " *Yo tengo a FABRICABLE como cliente, pero en realidad es FIBERKABEL. Tengo como cliente a FIBERKABEL a través de FABRICABLE. Tengo a FABRICABLE como cliente para las facturas, pero el negocio es mayoritariamente para FIBERKABEL* " (video 3, minuto 28).

Finalmente, el Sr. Apolonio , en su interrogatorio en el juicio, como representante legal de ambas demandadas, admitió que aprovechó la información de PHERCAB para visitar a sus clientes y ofrecerles sus productos, sin distinguir entre una y otra entidad. Debemos confirmar, por tanto, la conclusión del juez al apreciar que no solo FABRICABLE, sino también FIBERKABEL se aprovechó de esa posición de ventaja competitiva ilícita.

**17. Alegación de FIBERKABEL de error en la valoración de la prueba al condenarla por *enriquecimiento injusto***

Lo expuesto en el fundamento de derecho anterior ha de determinar la desestimación de esta alegación de FIBERKABEL. Separadamente se examinará la cuantificación de la condena por este concepto, que es objeto de impugnación por las sociedades actora y demandadas.

**18. Alegación de PHERCAB de infracción del artículo 5 de la Ley de *competencia desleal***

Consideramos procedente en este punto examinar el primero de los motivos de apelación de PHERCAB.

La sentencia del juzgado, en el fundamento de derecho decimocuarto, expone que, declarado que la conducta de los demandados tiene acomodo en los artículos 13 y 14 LCD , debe descartarse la aplicación del tipo genérico del artículo 5. El juez razona que ese precepto actúa como cláusula de cierre del sistema, por lo que solo cabe recurrir a él cuando la conducta desleal que se denuncia no puede ser subsumida en algún tipo concreto. Cita las SSTs de 4 de septiembre de 2006 y 14 de marzo de 2007 .

La demandante achaca a la sentencia la infracción del artículo 5 LCD (en su redacción vigente al tiempo de los hechos, que reputaba desleal " *todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe* "), al no haber estimado el juez la existencia de aprovechamiento ilícito del esfuerzo de PHERCAB por las demandadas.



Según la actora, la sentencia del juzgado habría incurrido en dos errores (que considera comprensibles en el contexto de un proceso tan prolijo en hechos):

- i. Considerar que el artículo 5 LCD se invocó solo de manera subsidiaria respecto de su artículo 13, cuando, en realidad, el artículo 5 LCD se alegó para sostener que no solo existía violación de **secretos empresariales** (es decir, apropiación de información), sino también aprovechamiento ilegítimo del esfuerzo ajeno (es decir, utilización no autorizada de recursos de la actora).
- ii. Ser incongruente con las múltiples apreciaciones fácticas contenidas en la sentencia impugnada que confirman la existencia del aprovechamiento ilegítimo del esfuerzo ajeno ex artículo 5 LCD .

**19.** A nuestro juicio, el título y el inicio del fundamento de derecho octavo de la demanda (" *En todo caso, la explotación indebida por los demandados de la información de PHERCAB ( incluso cuando no fuera considerada secreto empresarial) así como de los recursos humanos y técnicos de PHERCAB constituye acto de competencia desleal contrario al artículo 5 de la LCD "* ) han propiciado la consideración de que solo se invocaba el artículo 5 LCD con carácter subsidiario, para el supuesto de no apreciarse la violación de **secretos empresariales** denunciada en primer término.

Leída ahora la demanda y, en especial, su fundamento de derecho octavo, con la guía del recurso de apelación, debemos concluir que, efectivamente, como sostiene la demandante, ésta invocó el artículo 5 LCD a un doble efecto:

- a) En relación con la explotación de la información de PHERCAB, solamente para el caso de que esa información no se estimara secreta, es decir, con carácter subsidiario respecto de los tipos de los artículos 13 y 14 LCD .
- b) En relación con la explotación de recursos humanos y materiales de PHERCAB, con carácter principal.

En el *suplico* de la demanda de PHERCAB, se pedía expresamente, entre otros pronunciamientos, (1.i.b), la declaración de que los tres demandados habían cometido actos de **competencia desleal** contra PHERCAB, consistentes en " *el aprovechamiento indebido del esfuerzo de PHERCAB consistente en la explotación no autorizada de recursos humanos y materiales para ser empleados en beneficio de don Teofilo , FABRICABLE y FIBERKABEL "* .

Apreciada por el juzgado -y confirmada en esta segunda instancia- la aplicabilidad de los artículos 13 y 14 LCD , por considerar que la información trasvasada constituía **secreto empresarial**, en esta sentencia solo procede examinar el segundo de los títulos por el que accionó la actora -que hemos relacionado como b)-. Se trata de un examen necesario, no ya porque se pide la declaración expresa de la existencia de tal conducta, sino por su eventual incidencia en otro de los pronunciamientos de la sentencia que han sido combatidos (nos referimos a la impugnación por el Sr. Teofilo de su condena al pago de determinados costes, que se examinará después).

**20.** En sus alegaciones iniciales, PHERCAB defendía la aplicabilidad directa al caso del artículo 5 LCD , citando la jurisprudencia sobre ese precepto. Alegaba en su demanda, y reitera en el recurso, que la utilización de la infraestructura de una empresa (el aprovechamiento del nombre y cargo en dicha empresa, los medios informáticos, teléfonos, correo electrónico, relaciones...) para contactar con clientes o proveedores, obtener información, facilitar actuaciones y desviar asuntos profesionales o posibles encargos, todo ello a favor de un tercero distinto del empleador ha sido considerado como aprovechamiento del esfuerzo ajeno o expolio perseguible al amparo del artículo 5 LCD .

La STS de 3 de julio de 2008 recapitula la jurisprudencia de la Sala Primera sobre el artículo 5 LCD (en su redacción anterior, aplicable al caso por razones temporales): " *el artículo expresado, en el que bajo la rúbrica "Cláusula general", "se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe", permite sancionar aquellas conductas que, no obstante no acomodarse a alguno de los tipos específicos de los arts. 6 ° a 17 de la LCD 3/1.991, sin embargo, reuniendo los presupuestos del art. 2º LCD , insoslayables en todo injusto competencial, consistentes en que la conducta se realice en el mercado y se lleve a cabo con fines concurrenciales (lo que se presume, según el art. 2º.2, cuando por las circunstancias en que se realice el acto, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero ), incurra en una deslealtad valorada con arreglo al estándar de la buena fe (SS. [...] de 15 [...] de abril de 1.998, y 17 de julio y 29 de octubre de 1.999, y las posteriores de 7 y 16 de junio de 2.000; 15 de octubre de 2.001; 23 de mayo y 28 de septiembre de 2.005; 20 de febrero, 11 de julio, 4 de septiembre y 24 de noviembre de 2.006; 14 y 23 de marzo, 30 de mayo, 28 de septiembre, 4, 8, 10 y 22 de octubre de 2.007; 19 (dos) y 28 de mayo de 2.008, entre otras) . Las Sentencias de 24 de noviembre de 2.006 y 23 de marzo de 2.007 hacen hincapié en que el art. 5º LCD tipifica un acto dotado de sustantividad propia, y destacan que la cláusula general recoge una "norma jurídica en sentido técnico" y no formula un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes. Finalmente procede citar la reciente Sentencia de 28*



de mayo de 2.008 en la que se dice que "la cláusula general del art. 5 tiene la función de poder sancionar aquellos comportamientos que el legislador no pudo prever en su momento como desleales, no la de considerar ilícitos los previstos en los arts. 6 al 17 cuando falten algunos de los requisitos exigidos en éstos ( SS. 20 de febrero de 2.006 ; 24 de noviembre de 2.006 ; 14 de marzo de 2.007 ; 30 de mayo de 2.007 y 10 de octubre de 2.007 )".

La jurisprudencia configura la modalidad del ilícito en el sentido de que el precepto se refiere a la buena fe objetiva, prescindiendo de la intencionalidad -dolo o culpa- del sujeto, que se recoge con carácter general en el art. 7.1 del Código Civil como límite en el ejercicio de los derechos subjetivos, conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena ( SS., entre otras, 16 de junio de 2.000 ; 15 de octubre de 2.001 y 19 de abril de 2.002 ), y modulada por el principio de competencia económica y protección del derecho a la libertad de empresa ( SS. 23 de marzo y 8 de octubre de 2.007 ).

21. Teniendo en cuenta esta doctrina legal consolidada, debemos acoger el recurso de PHERCAB en el sentido de declarar que, en el caso de autos, hubo un comportamiento desleal subsumible en la cláusula general del artículo 5 LCD .

Como afirma la parte actora, se ha acreditado que el Sr. Teofilo , cuando era empleado de PHERCAB, utilizando su posición en esta empresa, estuvo tomando contacto con proveedores para solicitar información de precio, descuentos y posibilidades de colaboración, con el fin de transmitir esos datos a las empresas demandadas, competidoras directas de PHERCAB; reenviaba a FABRICABLE la información acerca de proyectos de clientes de PHERCAB que conocía con motivo de su trabajo -no nos referimos aquí a las informaciones obtenidas de la base de datos de la actora-; desviaba oportunidades de negocio de PHERCAB hacia las demandadas y, en definitiva, con abuso de confianza manifiesto, mientras era empleado de PHERCAB, utilizaba la infraestructura de ésta, sus relaciones y sus medios para prestar servicios a las competidoras demandadas, en una tarea de verdadero asesoramiento -lo admiten expresamente el Sr. Teofilo y el Sr. Apolonio en sus interrogatorios-, con las que se identificó en el grado ya visto (el que denota el uso de la primera persona del plural).

En realidad, así lo aprecia la sentencia impugnada, aunque desestime el tipo del artículo 5 LCD por entenderlo subsidiario en el caso.

La prueba en ese sentido es copiosa. Mencionaremos solo algunos documentos:

- El documento 2.10 de la demanda, transcrito en el fundamento de derecho 12, que no contiene la mera transmisión de datos sensibles, sino una verdadera guía de actuación en relación con los datos transmitidos. El Sr. Teofilo propone: " una vez que habéis analizado y repasado la información que os mando estamos en disposición de plantear cómo vamos a aprovechar todos estos datos. Teniendo en cuenta el tipo de empresas que tenemos delante, así como el material que consumen, yo me inclino intentar entrar en cada una de ellas por el tema de alarmas, coax, ... en fin por el material que os he relacionado ". Más adelante, advierte que " todo dependerá del precio, el servicio (este punto es muy, muy importante, ya que están acostumbrados a que se les responda con inmediatez, así que cuidarlo) ". Incluye datos de productos y proveedores para aquellos cables de los que no disponga FABRICABLE.

- Sobre desvío de oportunidades de negocio de PHERCAB, cabe referir, de entre los muchos invocados por la demandante, el mensaje número 54 del informe pericial judicial, remitido por el Sr. Teofilo al Sr. Apolonio , el 22 de junio de 2008: " La semana pasada, durante el proceso de prospección que suelo ir haciendo, estuve hablando con [...], responsable de distribución en España de [...] " En estos momentos, están buscando una solución de suministro a nivel global, por lo que podemos tener una oportunidad. Por ello entiendo que el contacto es algo más que interesante y que deberíamos contactar con Eric, para ver que puede hacerse y como. Si no fuera a nivel global, podría ser a nivel europeo o bien solo a nivel nacional. Creo que es muy buen contacto y que deberíamos intentarlo".

- En la misma línea, la actora invoca la lectura conjunta del documento 9 de la demanda, página 34 -e-mail de 11 de diciembre de 2007, en horario laboral, del importador Jandei al correo del Sr. Teofilo en PHERCAB, en que le ofrece un descuento del 50 %- y el documento 2.10 de la demanda, e-mail del Sr. Teofilo al Sr. Apolonio , de 20 de enero de 2008 (domingo), con documento adjunto en el que se dice: *¿ Hay un tema muy importante que me gustaría resaltar: RG-59 MIL-C-17, como podéis ver en la relación, estas empresas consumieron 862.414 mt de este cable en el periodo indicado. Me comentasteis que vosotros no teníais el RG-59 MIL-C-17, por lo que representaría no poder realizar esta venta que para Phercab estuvo en más de 300.000 euros. Para este tema, contacté con un importador: Jandei [siguen señas del importador] Les solicité precio para 100.000 mt de cable RG-59 MIL-C-17 y el precio que me dieron es de [...] Mirad el precio al cual lo está comprando Phercab y nos podremos dar cuenta de las posibilidades. En la semana del 14/01/08 Lazsa nos ha presentado una muestra de RG-59 MIL-C-17 a un precio [...], pero no ha interesado, por desconfianza en cuanto a la calidad del producto "*



La conducta de don Teofilo , de captación de clientela para FABRICABLE y para FIBERKABEL; de desviación hacia ellas de oportunidades de negocio de PHERCAB, de quien era empleado, e incluso de utilización de PHERCAB a modo de pantalla ante terceros, a fin de obtener información para la codemandada, ha de determinar la aplicación del artículo 5 LCD a los tres codemandados.

Nada puede objetarse a la lucha por la clientela. Como pone de relieve la STS de 8 de junio de 2009 , " cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatar la clientela al competidor. Y ello tiene pleno apoyo constitucional ( arts. 35 y 38 CE ) en la libre iniciativa económica y libertad de empresa, que caracterizan el sistema de economía de mercado. Pero el mecanismo por el que se arrebató la clientela del competidor ha de ser correcto, lícito, en definitiva "no desleal"; y hay deslealtad cuando se capta la clientela por medios que distorsionan los buenos usos y prácticas del mercado ". Lo mismo debe decirse de la búsqueda de oportunidades de negocio. Los medios irregulares -desde el punto de vista de la buena fe en sentido objetivo- empleados en el caso de autos determinan que se estime el motivo de apelación y la demanda, en el sentido de declarar que los demandados, incurrieron en **competencia desleal**, a tenor del artículo 5 LCD .

## **22. Alegación de don Teofilo de improcedencia de la condena a abonar el 50 % de sus costes salariales y el coste directo derivado de la preparación de la demanda**

Con carácter subsidiario, el Sr. Teofilo impugna, en primer lugar, la condena que le impone el juzgado de indemnizar a la actora en la suma de 22.417,34 euros, correspondiente al 50 % de los costes salariales y de Seguridad Social satisfechos por PHERCAB por el demandado en el período comprendido entre diciembre de 2007 y octubre de 2008.

La demandante solicitaba la condena al pago del 100 % de aquellos costes. El juez mercantil la redujo a la mitad. Entendió acreditado que el Sr. Teofilo dedicó una parte no determinada de su tiempo a beneficiar a un competidor, causando un perjuicio cierto a la empresa para la cual trabajaba, la cual, de haber conocido esta conducta desleal, hubiera rescindido la relación laboral, ahorrándose los costes salariales. El Sr. magistrado tuvo en cuenta que el Sr. Teofilo no dedicó todo su tiempo a favorecer a la demandada, sino que también prestó servicios de los que se benefició la demandante. Ante la imposibilidad de determinar en qué medida trabajó para la actora y para la demandada, la sentencia reparte el coste por mitad.

El demandado argumenta en el recurso que, como alegó la propia PHERCAB, las comunicaciones ilícitas a la demandada las envió el Sr. Teofilo desde su cuenta de correo personal y en horario no laboral; que, según la propia actora, el acopio de las informaciones lo hizo en horario extralaboral (a la hora del almuerzo); que, por tanto, no es admisible afirmar que dedicara parte de las horas de trabajo a un competidor de PHERCAB, máxime cuando la sentencia no puede determinar en qué proporción lo hizo; que no puede establecerse, porque es una mera hipótesis, que si la actora hubiera conocido su conducta hubiera puesto fin al contrato y, finalmente, que, incluso en ese caso, la demandante hubiera tenido que incurrir en los gastos de contratación de otra persona distinta, pues, en otro caso, el ahorro de costes obedecería a otras razones, de oportunidad **empresarial**.

Las alegaciones no pueden acogerse. Como sostiene PHERCAB en su escrito de oposición, la actuación desleal del Sr. Teofilo excede con mucho del acto material de envío de correos fuera del horario de trabajo. Incluso si nos limitamos a la conducta de violación de **secretos** apreciada por el juez mercantil, está claro que el perjuicio para PHERCAB no se halla esencialmente en el número de minutos o de horas que, a lo largo de la jornada, el Sr. Teofilo dejara de dedicar al trabajo por el que PHERCAB le pagaba, sino en la conducta misma imputada al Sr. Teofilo -el trasvase de información confidencial a la competidora- y en sus efectos. Por tanto, la cuestión no puede plantearse en los términos en que lo hace el recurso.

Junto a la violación de **secretos empresariales**, hubo captación ilícita de la clientela y desvío a la parte demandada de oportunidades de negocio de PHERCAB, con utilización de los recursos humanos y materiales de la actora. Parte de estas actuaciones del Sr. Teofilo debieron de tener lugar necesariamente dentro de su horario de trabajo para PHERCAB y con los recursos materiales de ésta -así, la solicitud de presupuestos o, en general, el contacto con terceros, proveedores o clientes, en nombre de la actora para alertar luego a la codemandada-. Pero de nuevo aquí lo relevante no es el tiempo que el Sr. Teofilo distrajo de su trabajo para PHERCAB, sino la naturaleza de las actividades desleales que éste desarrolló para FABRICABLE en el período en que prestó servicios para la actora. Por la lógica de la actuación de los demandados que se desprende de los documentos cruzados entre ellos, concluimos que las informaciones y las oportunidades desviadas hacia FABRICABLE y FIBERKABEL fueron las que se consideraron de mayor interés, durante el tiempo en que Don. Teofilo continuó en PHERCAB.

Atendidas las circunstancias anteriores, la conclusión de que PHERCAB, de haber conocido la doble dedicación del demandado, no lo hubiera contratado o hubiera puesto fin a su relación, nos parece la más lógica y





razonable y la cuantía fijada por el juez mercantil como indemnización por los gastos causados por la contratación del empleado desleal no la estimamos en absoluto excesiva.

**23.** También debe rechazarse la impugnación por el Sr. Teofilo de la condena al pago de 2.932 euros, por los gastos sufridos por PHERCAB para preparar la demanda de autos. Consideramos, como el juez, que el cálculo aportado por la parte demandante, en cuanto a número de horas (160) y de empleados (dos) dedicados a esa finalidad, es razonable y la partida constituye un gasto -o una pérdida de rendimiento, desde otro punto de vista- imputable directamente a la conducta dolosa de los demandados.

El hecho invocado por el apelante Sr. Teofilo, de que no le hayan sido impuestas las costas del juicio no guarda relación con la cuestión. Como explica perfectamente la sentencia del juzgado, la condena que ahora se impugna está prevista en la norma sustantiva y es consecuencia de la estimación de la acción de resarcimiento de daños prevista en el artículo 18.5ª de la LCD (actualmente, en el artículo 32.1.5ª). La no imposición de costas es consecuencia de la aplicación de la norma procesal que regula el supuesto de autos, de estimación parcial de la demanda ( artículo 394.2 LEC ).

#### **24. Alegaciones sobre valoración incorrecta del enriquecimiento injusto**

La sentencia impugnada, que condena a los demandados por revelar **secretos empresariales** y por aprovecharse de la revelación, estima la acción de enriquecimiento injusto ejercitada por la actora conforme al artículo 18.6ª LCD (" sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico ").

En los fundamentos de derecho vigesimotercero y vigesimocuarto, el juez razona la cuantificación de esa condena. Tiene en cuenta el informe de la parte demandante (documento 14), que equipara el enriquecimiento injusto con el valor de la información comercial contenida en la base de datos, toda vez que la parte demandada se ha beneficiado al ahorrarse el coste de elaboración o adquisición de la base de datos ( *damnum cessans* ). Atendidas las dificultades de valoración, los peritos parten de una oferta efectuada por un tercer grupo, en 2005, para la adquisición del 60 % de PHERCAB y fijan el 100 % de las participaciones de la actora en 2.166.666,66 euros. A partir de dicha cantidad, deducidos los fondos propios al cierre de 2004, el valor de las existencias y el importe de caja, los peritos cuantifican el peso de la información comercial dentro del valor fondo de comercio en el 30 % (353.459,67 euros), puesto que existen otros intangibles como la marca, el capital humano y las relaciones con clientes.

El juez considera adecuado el anterior método de fijación y rechaza, en cambio, el propuesto por el perito de la demandada, basado en unas inciertas rentabilidades futuras, que da lugar a la cantidad de 23.290,28 euros, que la sentencia tacha de ridícula, atendido el contenido de la base de datos, de más de 2800 clientes y 500 proveedores.

En la suma fijada, 353.459,67 euros, la sentencia introduce dos correcciones estimativas. Una primera reducción del 25 %, porque no se transfirió la base de datos en su conjunto, sino una parte sustancial. Una segunda reducción, de otro 25 %, porque considera que el beneficio injusto obtenido por las demandadas no comporta un empobrecimiento en la misma medida de la actora. Por ello, la condena por enriquecimiento injusto asciende a 176.729,98 euros.

La suma establecida por este concepto es objeto de impugnación por la actora y por las sociedades demandadas.

**25.** La parte actora impugna las reducciones impuestas por el juez al importe en que se cuantifica la base de datos. Alega, respecto del límite del propio empobrecimiento de PHERCAB, que se trata de un límite o principio no aplicable a los supuestos previstos en el artículo 18.6ª LCD, sino solo a los supuestos de Derecho común para los que fue elaborada inicialmente la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto. En cuanto al segundo límite impuesto, la actora alega que los demandados tuvieron acceso total a la base de datos o, en los términos de la propia sentencia del juzgado, accedieron a cuanto consideraron relevante de la base de datos.

Por su parte, las sociedades demandadas cuestionan el método escogido por el juez para valorar la base de datos de la actora. Alegan que el método del descuento de los rendimientos futuros esperados de la información comercial, propuesto por el perito Sr. Tomás, es el más adecuado para tal valoración y añaden que el método por el que se ha optado en la sentencia parte de una oferta de compra que no se llegó a materializar, que quedaba sujeta a una auditoría previa e incluía determinadas cláusulas de no concurrencia que, lógicamente, habrían de influir en el precio. Alegan asimismo que el propio juez reconoce que solo se desmerece en parte el valor de la base de datos, que continúa siendo provechosa para la actora.

**26.** Ciertamente, como puso de relieve el juez, la valoración de la base de datos de la demandante a los efectos pretendidos, de la acción de enriquecimiento injusto, no es una tarea sencilla.

I . Debemos rechazar la objeción de FABRICABLE y FIBERKABEL, relativa a la cuantía en que se valora la base de datos de la demandante. Al igual que al juez mercantil, el método por el que optaron los peritos que elaboraron el dictamen aportado con la demanda como documento número 14, nos parece adecuado. No se aportan en el recurso elementos que lo desvirtúen. Es cierto que el valor de la sociedad demandante, a partir del cual se efectúan los cálculos del valor de la base de datos, se obtiene de una sola oferta económica para una compra que, finalmente, no llegó a materializarse. Sin embargo, no se ha discutido que se trata de una oferta real, efectuada por un tercero no vinculado con las litigantes, en una época no sospechosa. Ni el hecho de que en la oferta se pactara una futura auditoría que debía confirmar los datos financieros aportados ni las previsiones de la oferta relativas a la no concurrencia de los vendedores (anexo II del dictamen, f. 797 y ss. de los autos) parecen fuera de la normalidad en una operación de adquisición de una participación del 60 % de la sociedad. No se ha alegado inexactitud en las cuentas anuales de PHERCAB ni se aprecia que el pacto de no competencia deprecie la base de datos en cuestión.

II . En cuanto a la primera de las alegaciones de PHERCAB, a nuestro juicio, la acción de enriquecimiento injusto exige, también en sede de **competencia desleal**, los presupuestos tradicionales requeridos a la acción en derecho común y, por tanto, no solamente el enriquecimiento del demandado, en la modalidad de obtención de ganancia ( *lucrum emergens* ) o de evitación de costos ( *damnum cessans* ), sino también el correlativo empobrecimiento del demandante y la falta de causa del enriquecimiento, que lo hace injusto. Ese empobrecimiento de PHERCAB se aprecia en el caso de autos por el hecho de que se usurpó a la actora una posibilidad de uso o disfrute que la norma le reconoce. Ahora bien, coincidimos con el juez en que el alcance del empobrecimiento de la actora no consistió en la privación completa de la base de datos, sino en la privación del monopolio sobre ella: ha tenido que compartirla con las demandadas.

La demandante observa en su recurso que, para evitar dificultades probatorias, se centró en el ahorro de gastos o costes del demandado y estimó que éste era el valor de la información. Se trataría, en la práctica, de una especie de regalía hipotética: qué hubieran tenido que pagar a PHERCAB los demandados si hubieran querido adquirir lícitamente la información comercial ( *lucrum cessans* de la demandante). Pero tampoco desde ese punto de vista puede desconocerse que lo obtenido es una base de datos compartida. Por ello, desestimamos la alegación de la parte actora.

III . Compartimos, en cambio, la segunda de las alegaciones de PHERCAB, que impugna la reducción de la cuantía por enriquecimiento injusto operada por el hecho de que no se habría transferido toda la base de datos, sino una parte sustancial. Como señala la apelante, la propia sentencia concluye -creemos que acertadamente, por lo expuesto a lo largo de esta sentencia- que las demandadas accedieron a cuanta información consideraron relevante de la base de datos Navision de PHERCAB. Si los demandados despreciaron los datos que no consideraron relevantes, la valoración ha de ser la misma que si se hubieran trasladado todos los datos, incluidos los -para ellos- no relevantes. Ello determina que no establezcamos reducción alguna por este concepto.

IV . La consecuencia de lo anterior, en materia de cuantificación de la condena de las demandadas por enriquecimiento injusto es la confirmación del importe fijado en la sentencia del juzgado, de 176.729,88 euros. Si bien entendemos que ha de suprimirse la reducción del 25 % que se impuso por no haberse transmitido la totalidad de la base de datos (apartado III anterior), compartimos la necesidad de reducción con base en el alcance del empobrecimiento de la actora (apartado II). Este alcance, acogiendo la alegación al respecto de las demandadas (apartado I, *in fine* ), lo estimamos inferior al apreciado en la sentencia del juzgado. Por ello, la reducción por este concepto será del 50% del importe asignado por los peritos a la base de datos.

27. La desestimación de los recursos de apelación determina la imposición a los apelantes de las costas causadas por sus recursos ( artículos 398.1 y 394.1 de la LEC ).

## FALLAMOS

DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos por PHERCAB, S.L., FABRICABLE, S.L., FIBERKABEL, S.L. y don Teofilo , contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona, el 28 de junio de 2011 , en los autos de juicio ordinario número 843/2009, seguidos a instancia de PHERCAB, S.L., contra FABRICABLE, S.L., FIBERKABEL, S.L. y don Teofilo .

CONFIRMAMOS la sentencia del Juzgado.

Imponemos a los apelantes las costas de sus recursos de apelación.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.



Firme esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ