



Roj: **SAP B 14235/2013 - ECLI:ES:APB:2013:14235**

Id Cendoj: **08019370152013100450**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **11/12/2013**

Nº de Recurso: **70/2013**

Nº de Resolución: **444/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 8, 26-11-2012,
SAP B 14235/2013**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 70/2013-2ª

JUICIO ORDINARIO Nº 582/2011

JUZGADO MERCANTIL Nº 8 DE BARCELONA

SENTENCIA núm. 444/2013

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN

DOÑA MARTA RALLO AYEZCUREN

DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO

En Barcelona a once de diciembre de dos mil trece.

Se han visto en grado de apelación ante la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el nº 582/2011 ante el Juzgado Mercantil nº 8 de Barcelona, a instancia de INSTITUT MARQUÉS, OBSTETRICIA I GINECOLOGIA S.L., representada por el procurador de los tribunales Don Francisco Javier Manjarín Albert, contra Don Romulo , Don Juan Carlos , Doña Joaquina y BARCELONA IVF SLP, representados por el procurador de los tribunales Don Ricardo Baya Pejenaute.

Penden las actuaciones ante esta Sala por virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte actora contra la sentencia dictada en fecha 26 de noviembre de 2012 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "Desestimo la demanda interpuesta por la representación procesal de INSTITUT MARQUÉS, OBSTETRICIA I GINECOLOGIA S.L. y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos formulados contra ellos con expresa imposición de costas a la actora".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante. La parte demandada presentó escrito de oposición al recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 19 de noviembre de 2013.



Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La demandante INSTITUT MARQUÉS, OBSTETRICIA I GINECOLOGIA S.L. (en adelante INSTITUT MARQUÉS) interpuso demanda por **competencia desleal** contra los demandados Don Romulo , Don Juan Carlos , Doña Joaquina y BARCELONA IVF SLP, al entender que habían infringido la cláusula general del artículo 4 de la Ley de **Competencia Desleal** , así como el artículo 13 de la citada Ley -revelación y explotación de **secretos**-. La sentencia de instancia recoge la siguiente relación de hechos probados, que no son controvertidos -aquellos en los que existe controversia se analizan en el fundamento cuarto de la sentencia y serán también objeto de valoración individualizada-:

1. La mercantil INSTITUT MARQUÉS, OBSTETRICIA I GINECOLOGIA S.L. es una empresa que actúa en el campo de la fertilidad (documento nº 1 de la demanda y hecho no controvertido).
2. El demandado D. Romulo , ginecólogo de profesión, empezó a trabajar para IM en 1994 de forma ocasional; en 2000 adquirió la condición de socio profesional y administrador de IM durante 10 años -documento nº 2 de la demanda-, hasta el 29 de enero de 2010, fecha en la que suscribió el contrato de separación de socio, renunció del cargo de administración y percepción de la cuota de liquidación (documentos nº 5 y 6 de la demanda).
3. El demandado D. Juan Carlos , ginecólogo de profesión, mantuvo una relación laboral con la actora desde el año 2006; fue designado apoderado de IM el 27 de agosto de 2009 -documento nº 3 y 4 de la demanda-. El Sr. Juan Carlos comunicó su voluntad de causar baja en IM mediante burofax de 30 de agosto de 2010, con efectos de 30 de septiembre de 2010, lo que supuso la revocación de sus poderes (documento nº 13 de la contestación y nº 7, 8 y 9 de la demanda).
4. D^a. Joaquina trabajó como bióloga en IM desde febrero de 2002 y comunicó su voluntad de causar baja en la entidad actora el 30 de agosto de 2010, con efectos de 30 de septiembre de 2010 (documento nº 37 de la demanda).
5. La mercantil BARCELONA IVF S.L.P. se constituyó el 1 de marzo de 2010, constando como socios profesionales D. Romulo , D. Juan Carlos , D^a. Bernarda y tiene como objeto social la prestación de servicios médicos de ginecología y obstetricia, estudio y aplicación de técnicas de laboratorio para la reproducción asistida (documento nº 10 de la demanda).
6. D. Romulo es el administrador único de la mercantil BARCELONA IVF S.L.P. (documento nº 10 de la demanda).
7. El 22 de diciembre de 2009 el Sr. Romulo envió un mail titulado "información" a Mercedes , Juan Carlos , Bernarda y Joaquina donde se habla de la posibilidad de alquilar un local en la calle Can Rabia para la ubicación de un consultorio médico (documento nº 11 de la demanda).
8. Desde octubre de 2009 INSTITUTO MARQUÉS tiene conocimiento de que una empresa del sector, CENTRO DE REPRODUCCIÓN HUMANA DEL VALLÉS OCCIDENTAL S.L. (CERVHO), estaba en concurso de acreedores y muestra interés en la compra de material (documento nº 11 bis, 12 y 13 de la demanda).
9. El 3 de mayo de 2010 el administrador concursal de CERVHO le pasa a Casilda de IM el inventario que está en venta para que hagan una oferta y en la misma fecha Casilda remite el mail a Nicolasa , Roman y Antonia e indica que el tema se trataría en la reunión (documento nº 14 de la demanda).
10. El 5 de mayo de 2010 Casilda comunica al administrador concursal de CERVHO la oferta para la adquisición de unos equipos (documento nº 17 de la demanda), oferta que es aprobada por el juzgado y se adquieren los equipos mediante factura de 16 de junio de 2010 (documentos nº 18 y 19 de la demanda).
11. En las reuniones de 25 de mayo de 2010 y 8 de junio de 2010 se trató como punto del día la compra del material de CERVHO, tal y como consta en el mail que Casilda le envía al Sr. Juan Carlos , que era el encargado de elaborar el orden del día (documento nº 15 de la demanda).
12. El 9 de julio de 2010 Casilda hizo una nueva oferta al administrador concursal de CERVHO para la adquisición del lote inventario, maquinaria, útiles y herramientas por importe de 3.000 euros (documento 22 de la demanda). El 20 de julio el administrador concursal acusa recibo de la oferta y le indica que en breve se resolverá (documento nº 24 de la demanda).
13. El 18 de julio de 2010 el Sr. Romulo se pone en contacto con CERVHO para la compra de material (documento nº 14 de la contestación) y el 19 de julio de 2010 le remite su oferta por 5.000 euros al administrador concursal (documento nº 15 de la contestación).



14. Finalmente el 28 de septiembre de 2010 el administrador concursal de CERVHO le informa a Casilda que el lote ha sido adjudicado a otra oferta de 5.000 euros (documento nº 29 de la demanda).

15. Consta auto de adjudicación de 9 de septiembre de 2010 del lote 1 de CERVHO a la oferta realizada por D. Romulo por 5.000 euros (documento nº 30 de la demanda).

16. D^a. Joaquina se encargó de la mudanza de los equipos adquiridos a CERVHO a petición de la Sra. Casilda (documento nº 32 de la demanda).

SEGUNDO.- La demandante alegó en la demanda que Don Romulo había incumplido lo pactado en el contrato de 29 de enero de 2010, al constituir la sociedad BARCELONA IVF SLP y al adquirir en el concurso el material conociendo la oferta que previamente había realizado INSTITUT MARQUES, aprovechándose de la información que ilícitamente le había proporcionado Don Juan Carlos . La actora incardina la conducta del Sr. Romulo en los artículos 4 y 13 de la Ley de **Competencia Desleal** .

Don Juan Carlos , Doña Joaquina y BARCELONA IVF SLP, por su parte, habrían incurrido, al entender de la demandante, en el ilícito concurrencial del artículo 13 de la LCD . Los primeros habrían revelado información confidencial y secreta sobre la oferta de INSTITUT MARQUÉS, que conocieron por razón de su cargo, en tanto que la segunda se habría aprovechado de esa información secreta.

La actora concluyó en su demanda que "había perdido la oportunidad de adquirir una serie de bienes, no por leyes de mercado, lo que habría debido soportar, sino por el uso por terceros de información privilegiada". Por ello, además de la acción declarativa de deslealtad, que dirige contra los tres demandados personas físicas, interesó se condenara a BARCELONA IVF SLP al pago de los daños y perjuicios causados, que cuantificó inicialmente en 36.345 euros, suma que resulta de la diferencia entre el precio ofertado por los bienes -3.000 euros- y su valor real -39.345 euros-.

Los demandados, por su parte, se opusieron a la demanda. Afirmaron, en primer lugar, que abandonaron lícitamente INSTITUT MARQUÉS, al igual que otros profesionales, por el "mal ambiente" en la empresa y por una serie de prácticas que consideraban ilegales y en las que no querían participar. Nunca hubo, por otro lado y en contra de lo que se sostiene en la demanda, "solapamiento de funciones". Rechazaron, en segundo lugar, que el Sr. Romulo o BARCELONA IVF conocieran de antemano la oferta que INSTITUT MARQUÉS había realizado del material de CERVHO. El Sr. Romulo gestionó la adquisición de ese material con el representante de CERVHO y con la administración concursal. Por último la parte demandada impugnó la valoración de los daños.

TERCERO.- La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda. Analiza, en primer lugar, los actos de **competencia desleal** que se imputan al Sr. Romulo , concluyendo que su salida de INSTITUT MARQUES y la constitución de BARCELONA IVF tienen amparo en el principio constitucional de libertad de empresa. No infringió, en definitiva, el contrato de separación de 29 de enero de 2010 y tampoco vulneró la cláusula general del artículo 4 de la Ley de **Competencia Desleal** . De igual modo la *juez a quo* rechaza que hubiera revelado **secretos** o que se hubiera aprovechado indebidamente de los **secretos** ajenos.

En segundo lugar y por lo que se refiere a la conducta del resto de los demandados, la sentencia no tiene por acreditado que el Sr. Juan Carlos hubiera conocido la oferta para la adquisición de material de CERVHO y, en consecuencia, descarta que hubieran incurrido en la conducta sancionada en el artículo 13.

La sentencia es recurrida por la demandante. Denuncia, en primer lugar, que se haya "limitado la causa de pedir" respecto de las conductas cometidas por el Sr. Romulo . La recurrente sostiene, a partir del documento doce de la demanda, que el demandado incumplió sus deberes como administrador e incurrió en la "prohibición radical de concurrir a la creación de otra compañía concurrente", conducta incardinable en el artículo 4 de la Ley de **Competencia Desleal** .

En cuanto al resto de los demandados, la apelante refuta que la sentencia de instancia no haya reparado en la "ocultación" por parte de los Sres. Juan Carlos y Joaquina de sus propósitos en relación con la nueva empresa. Por otro lado, en contra de lo sostenido por la *juez a quo*, considera que quedó acreditado en la vista que el Sr. Juan Carlos tuvo conocimiento de las condiciones económicas de la oferta por el material de CERVHO.

CUARTO.- La entidad demandante considera que la conducta del Sr. Romulo infringe la cláusula general del artículo 4 de la Ley de **Competencia Desleal** (antiguo artículo 5), que reputa desleal todo acto objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En nuestra anterior Sentencia de 6 de febrero de 2013 (Rollo 464/2013) remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Supremo y resumiendo el criterio de esta Sala, dijimos que el art. 4 LCD está reservado a comportamientos que merezcan la calificación de desleales no contemplados en los arts.



También hemos dicho en distintas ocasiones que la norma exige un estándar objetivo de conducta en el ámbito concurrencial, que no se identifica con cualquier regla de conducta tenida por la colectividad como exigible en cualquier ámbito de las relaciones humanas, y aun jurídicas, sino sólo con aquellas que, siendo aptas en un sistema de libre competencia, sirvan para el buen orden concurrencial sancionado en nuestro derecho positivo. Se trata, por tanto, de la transgresión de normas objetivas de conducta que emanan del principio de competencia económica y pesan sobre todos los agentes que desarrollan una actividad económica en el mercado.

QUINTO.- La recurrente denuncia que la sentencia ha alterado, de algún modo, los términos del debate, al limitar su análisis, en relación con la conducta del Sr. Romulo , a si incumplió o no el contrato de 29 de enero de 2010 por el que se desvinculó de INSTITUT MARQUÉS, cuando en la demanda se aludió también a un hecho previo: los actos preparatorios de una actividad concurrente con la actividad que desarrolla la demandante, como son las gestiones para localizar un local en donde instalar un consultorio médico.

No compartimos la alegación de la recurrente. La sentencia analiza con rigor todas las cuestiones controvertidas. Cierto es que en la demanda se menciona un correo remitido por Don Romulo a distintas personas, entra las que se encuentran Don Juan Carlos y Doña Joaquina , el 22 de diciembre de 2009 (documento once, al folio 84), en el que el demandado alude a las condiciones que debía reunir el local donde ubicar un consultorio médico de carácter ambulatorio. Sin embargo, al determinar responsabilidades y encajar los hechos en las conductas tipificadas en la Ley de **Competencia Desleal** (hecho octavo de la demanda), la actora sólo menciona el incumplimiento del contrato de 29 de enero de 2010 y la participación del Sr. Romulo en la adquisición de material a CERVHO. Y, como colofón, el único pronunciamiento de condena guarda relación con los perjuicios derivados de esa adquisición.

Dicho lo cual, es evidente que el demandado no incumplió aquel contrato, por el que el Sr. Romulo se desvincula de la sociedad y se compromete " a no realizar **competencia desleal**, ni a hacer uso indebido de la base de datos del grupo Instituto Marqués, ni a divulgar la información a la que pueda haber tenido acceso de la entidad, ya en su calidad de socio y/o administrador, ya en su calidad de profesional que ha prestado sus servicios para la compañía". No consta, en absoluto, que el demandado desarrollara una actividad concurrente con la de la actora mientras desempeñaba el cargo de administrador. La constitución en marzo de 2010 de la sociedad BARCELONA IVF, un mes y medio después de abandonar todas sus responsabilidades en INSTITUT MARQUÉS, está amparada por el principio de competencia económica y en el derecho a la libertad de empresa (SSTS de 23 de marzo y 8 de octubre de 2.007), como muy bien indica la sentencia de instancia.

El correo electrónico de 22 de diciembre de 2009 es irrelevante, a estos efectos. En él la recurrente advierte un "acto preparatorio" de una actividad concurrente o la "colaboración" en la constitución de "otra compañía concurrente". Ese correo es muy próximo en el tiempo a la salida del Sr. Romulo de INSTITUT MARQUES y no estimamos que ponga de manifiesto una conducta contraria a las exigencias de la buena fe objetiva, dado que la actividad concurrencial, perfectamente lícita, se inició muchos meses después.

SEXTO.- Por lo que se refiere a la revelación de **secretos**, 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."

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

Por otro lado, como hemos dicho reiteradamente (entre otras, sentencias de 20 de enero , 16 de mayo 19 de diciembre de 2012), a falta de una norma específica en la LCD que defina qué debe entenderse por **secreto empresarial**, a los efectos de su artículo 13 LCD , debemos acudir al artículo 39.2. a) y b) del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, BOE de 24 de enero de 1995). Conforme a este precepto, para garantizar una protección eficaz contra la **competencia desleal** respecto de aquella información no divulgada que esté legítimamente bajo el control de las personas físicas o jurídicas, impidiendo que se divulgue a terceros o que sea utilizada por terceros sin su consentimiento, de manera contraria a los usos honestos, es preciso que: i) sea secreta, en el sentido de que no sea conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo



de información en cuestión; ii) tenga un valor comercial por ser secreta; y iii) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

SÉPTIMO.- En el presente caso, la actora considera "**secreto**" la oferta de adquisición por 3.000 euros de material que estaba siendo liquidado en el concurso de CERVHO. La oferta se concretó en un correo electrónico de una responsable de la demandante -la doctora Casilda - dirigida al administrador concursal el 9 de julio de 2010 (documento 22 de la demanda, al folio 122). Previamente, en mayo de ese mismo año, INSTITUT MARQUES había adquirido en el concurso otros equipos valorados en 20.000 euros (documentos 18 y 19 de la demanda).

Contra lo argumentado por la actora, difícilmente puede considerarse "**secreto empresarial**" una oferta económica de escasa cuantía que está dirigida a producir efectos en un concurso, en el que priman los principios de transparencia y máxima publicidad. El administrador concursal Sr. Alejo , que intervino como testigo en la vista, describió el procedimiento para la venta. No se llevó a cabo un sistema de subasta con plicas cerradas, sino que se optó, atendida la naturaleza de los bienes y por razones de urgencia, por la venta directa, para lo cual tanto la administración concursal como la concursada hicieron gestiones ante centros y empresas del sector (minuto 47"). Esto es, la oferta estaba destinada a ser conocida y publicitada, por lo que no advertimos un valor comercial asociado a que la oferta se mantuviera en **secreto**. Tampoco consta, por otro lado, que INSTITUT MARQUES adoptara medidas razonables para preservar el **secreto**.

Dicho lo cual, también coincidimos con la *juez a quo* cuando concluye que no ha quedado acreditado que el Sr. Juan Carlos conociera el contenido de la oferta y que la hubiera transmitido al Sr. Romulo . El que el Sr. Juan Carlos , en su condición de médico, formara parte de un comité de dirección que se reunía semanalmente, no permite deducir que el asunto se tratara en alguna de esas reuniones y en presencia del demandado. En una compañía con más de 120 empleados, según manifestó el representante de INSTITUT MARQUES en la vista (minuto 37), no parece que necesariamente tuviera que tratarse en ese comité de dirección un asunto relativo a la adquisición por 3.000 euros de un material que inicialmente fue desechado.

El Sr. Roman , en el interrogatorio de parte, admitió que los asuntos económicos se abordaban con los responsables de esa área al término de la reunión, como señala la sentencia apelada. El documento 14 de la demanda es bastante ilustrativo a estos efectos. Se trata de un correo remitido por la Doctora Casilda relativo a la primera adquisición de siete equipos del CERVHO. El asunto, según refiere el correo, se abordó en una reunión, si bien el Doctor Juan Carlos fue excluido como destinatario de ese correo (se remitió a la Doctora Nicolasa , Don Roman y a Antonia).

La apelante considera que ha de ponerse en valor los testimonios de los Sres. Casilda y Roque , empleados de INSTITUT MARQUES, quienes corroboraron que la segunda oferta se abordó en una reunión a la que asistió el Sr. Juan Carlos . Pues bien, teniendo en cuenta la relación laboral de los testigos con la demandante y su interés en el pleito, coincidimos con la *juez a quo* cuando concluye que su testimonio no tiene mayor valor que el del propio Sr. Juan Carlos .

La actora se pregunta cómo puede acreditar el contenido de una reunión de la que no se levantó acta, si no se aceptan las declaraciones de quienes estuvieron presentes. No podemos aceptar esa aseveración. Los asistentes a la reunión ofrecieron distintas versiones de lo acontecido. Y los propios documentos aportados con la demanda desmienten al apelante, pues hay constancia escrita de que la primera oferta, de mayor cuantía, sí se abordó en un comité de dirección y consta, asimismo, que de esa oferta no se dio traslado previamente al Sr. Juan Carlos (documento catorce).

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso y confirmar íntegramente la sentencia apelada.

SÉPTIMO.- Que en cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , deben imponerse al apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de INSTITUT MARQUÉS, OBSTETRICIA I GINECOLOGIA S.L., contra la sentencia dictada en fecha 26 de noviembre de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil 8, que confirmamos, con imposición de las costas al apelante.

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 veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.



Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ