



Roj: **SAP B 5957/2014 - ECLI:ES:APB:2014:5957**

Id Cendoj: **08019370152014100190**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **11/06/2014**

Nº de Recurso: **265/2013**

Nº de Resolución: **209/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 3, 02-04-2013,**
SAP B 5957/2014,
STS 1910/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 265/2013-3ª

JUICIO ORDINARIO Nº 460/2012

JUZGADO MERCANTIL Nº 3 DE BARCELONA

SENTENCIA 209/2014

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN

DON RAMÓN FONCILLAS SOPENA

DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO

En Barcelona a once de junio de dos mil catorce

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 460/2012 ante el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, a instancia de PROTEIN SUPPLIES S.L., representada por el procurador de los tribunales Don Antonio María de Anzizu Furest, contra Don Daniel , Doña Benita , DIAGONAL TRESNOUDOS S.L., PEMOBAGE S.L., SWISS PROTEINE S.L. y LABORATORIO SUICO S.L., representados por el procurador de los tribunales Don Carlos Turrado Martín.

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 2 de abril de 2013 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "Desestimando la demanda interpuesta por la representación en autos de la mercantil PROTEIN SUPPLIES S.L., se absuelve a Don Daniel , Doña Benita , DIAGONAL TRESNOUDOS S.L., PEMOBAGE S.L., SWISS PROTEINE S.L. y LABORATORIO SUICO S.L. de los pretendido de contrario, imponiendo a la entidad actora las costas del procedimiento".

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 vista, votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 23 de abril de 2014.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La entidad demandante PROTEIN SUPPLIES S.L. interpuso demanda de **competencia desleal** sustentada, en síntesis, en los siguientes hechos:

1º) PROTEIN SUPPLIES S.L. se dedica a la comercialización de alimentos y complementos alimentarios. Ha desarrollado un método para la pérdida y control de peso denominado "Método Pronokal" basado en la dieta proteinada, que consigue el adelgazamiento reduciendo grasas y azúcares, pero manteniendo la cantidad adecuada de proteínas. Consta de tres etapas: etapa activa, etapa de reeducación y etapa de mantenimiento, que se desarrolla, a su vez, en ocho fases, en donde el paciente, bajo control médico y de un equipo multidisciplinar, avanza en ellas con el objetivo de perder peso y mantenerlo a largo plazo.

2º) PROTEIN SUPPLIES, constituida por los Sres. Heraclio , José y Mauricio empezaron a comercializar el Método Pronokal en octubre de 2003, contactando con distintos colaboradores y asesores. En el año 2004 se incorpora el demandado Daniel , a quien se encargó la formación de médicos prescriptores y la coordinación del grupo de formación médica. El 19 de noviembre de 2004 la demandante suscribió con el demandado el contrato que se acompaña a la demanda como documento tres.

La relación mercantil fue resuelta el 22 de febrero de 2012 (documento cuatro) y se justificó en el incumplimiento del contrato y en los actos de **competencia desleal** que se detallan en la demanda.

3º) El 14 de febrero de 2012 el Dr. Daniel publica el libro "La Dieta Proteinada", en Ediciones Cúpula del Grupo Planeta (documento seis), que divulga un método de reducción de peso prácticamente idéntico al Método Pronokal, que presenta como propio. Al entender de la actora, con el libro el demandado se "apropia" de los conocimientos obtenidos y desarrollados durante su colaboración con la demandante como médico consultor. Además infringe el pacto de no competencia previsto en el contrato (cláusula 4.1, b) y el deber de confidencialidad (cláusula 4.1, g). En prueba de la similitud entre el Método Pronokal de la demandante y la dieta descrita en el libro del Dr. Daniel , la actora aportó con la demanda un informe pericial elaborado por médico especialista en nutrición Doña Nieves (documento diez).

Por otro lado, el libro contiene afirmaciones contrarias al Método Pronokal, como los gramos de proteína por kilo que se recomienda consumir o la omisión de ciertas contraindicaciones, como la que afecta a los pacientes diabéticos.

La aparición del libro tuvo una importante repercusión en prensa y en las redes sociales, como se detalla en las páginas 23 y siguientes de la demanda.

4º) Don Daniel y su compañera sentimental doña Benita -que también mantuvo una relación mercantil con la demandante, promocionando sus productos y el Método Pronokal- han constituido una serie de sociedades para realizar una actividad concurrente con PROTEIN SUPPLIES, sociedades que también son demandadas.

Por otro lado, participan en la sociedad serbia PROTEIN PEMOBA D.O.O., junto con María Inmaculada , que comercializa en Serbia productos dietéticos con la marca "Protekal", que presentan gran similitud gráfica y fonética con la marca de la demandante "Pronokal". En la promoción en dicho país de los productos competidores de la demandante han participado activamente los demandados.

A partir de los hechos expuestos, la parte actora atribuye a los demandados los siguientes actos de **competencia desleal**:

-Actos contrarios a la buena fe (artículo 4 de la LCD). Los demandados han desarrollado una actividad concurrencial con la de la actora vigente su relación mercantil, utilizando información confidencial en su propio provecho, tanto en la promoción de sus servicios como en el libro "La Dieta Proteinada".

-Actos de confusión (artículo 6). Cualquier consumidor medio, alega la demandante, tras leer el libro "La Dieta Proteinada" o cualquiera de los artículos de promoción es incapaz de discernir si el demandado es precursor o no del Método Pronokal.

-Omisiones engañosas (artículo 7). El libro se publicita de forma ambigua y "poco clara", sin establecer vínculo alguno con PROTEIN SUPPLIES o el Método Pronokal.

-Actos de imitación (artículo 11). Los demandados se han aprovechado del esfuerzo desarrollado por la actora desde el año 2004 para difundir la dieta proteinada y el Método Pronokal.



-Explotación de la reputación ajena (artículo 12). Los demandados se han aprovechado del know-how adquirido durante su relación con la actora.

-Violación de secretos (artículo 13). El doctor Daniel venía obligado contractualmente a no revelar la información confidencial que recibía de la actora. Y los demandados se han apropiado y han divulgado la información confidencial y los secretos industriales de PROTEIN SUPPLIES.

Por lo expuesto la parte actora interesó que se declarara que los demandados han cometido actos de **competencia desleal**, condenándoles al cese de la actividad infractora, a que publiquen el texto aclaratorio que transcribe en el suplico en revistas especializadas, a eliminar los mensajes falsos y engañosos, y al pago de los daños y perjuicios causados.

SEGUNDO.- Los demandados se opusieron a la demanda alegando, en síntesis, los siguientes hechos y motivos de oposición:

1º) El verdadero objeto de la demanda es persistir en la situación de impago al demandado don Daniel , que ha iniciado un procedimiento ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia 48 de Madrid en reclamación de 1.397.435,59 euros (documento uno a tres de la demanda).

2º) PROTEIN SUPLIES es una de las muchas empresas que comercializan desde hace décadas preparados proteicos para la pérdida de peso. La dieta de ahorro proteico data del año 1973, cuando el Dr. Celestino publica su tesis sobre esa materias y desde entonces se conocen en el mercado múltiples dietas de adelgazamiento con control médico basado en la dieta proteinada. También son muchos los médicos españoles que de la mano de distintas marcas comerciales los que ofrecen este tipo de tratamiento (documentos ocho a once de la contestación).

3º) En el año 2003 PROTEIN SUPLIES sólo facilitó al Doctor Daniel las hojas de las fases para la prescripción (imitando las que se usan en Francia) y la ficha técnica del producto. El demandado disponía de mucha más información y conocimientos sobre la Dieta Proteinada, conocimientos que fueron recogidos en el curso de formación que el doctor Daniel comenzó a impartir en el año 2004. No existen secretos comerciales, sino formularios de uso común conocidos por todos los médicos prescriptores. Así resulta del propio contrato suscrito con la actora, en el que se hace constar los conocimientos y experiencia previa del Sr. Daniel . En definitiva, la propuesta de PROTEIN SUPLIES no es un invento nuevo, sino una propuesta más para comercializar un producto que se inspira en otras experiencias previas.

4º) El Sr. Daniel suscribió un contrato de prestación de servicios con la demandante, que tenía por objeto la formación y orientación de otros profesionales médicos. Fue contratado por su experiencia como médico consultor y formador de la dieta proteinada.

El contrato no prohíbe al demandado publicar libros sobre la dieta proteinada, cosa que hizo en el año 2009, cuando intervino en el "*Libro blanco de la Dieta Proteinada*".

5º) El Libro "*La Dieta Proteinada*" se basa en la experiencia previa y en los conocimientos del Dr. Daniel . No habla del Método Pronokal, que no se menciona en el libro, sino del método de trabajo del Sr. Daniel . No se apropia, por tanto, del método de la actora. Tampoco difunde información confidencial o secretos empresariales.

6º) Es falso que las sociedades codemandadas compitan en el mercado con PROTEIN SUPLIES. Así, PROMOBAGE, constituida el 25 de noviembre de 2011, no ha tenido actividad comercial distinta de la mera tenencia de valores extranjeros. SWISS PROTEINE, que está en liquidación, no ha vendido productos en España. LABORATORIOS SUICOS inició su actividad comercial en el año 2010. Sólo comercializa complementos minerales, vitaminas y preparados fitoterápicos con los que no es posible realizar tratamiento de pérdida de peso. Por su parte, DIAGONAL TRESNOUDOS era la sociedad a través de la cual el Sr. Daniel facturaba sus servicios a PROTEIN SUPLIES. Además comercializa productos cosméticos que no son objeto del contrato.

Por último, PROTEIN PREMOBA DOO, que no está formalmente demandada, aun cuando está participada por los Dres. Daniel y Benita (ostentan el 50% del capital social), desarrolla su actividad en Serbia.

7º) A partir del anterior relato de hechos, los demandados niegan haber incurrido en los actos de **competencia desleal** que se denuncian en la demanda.

TERCERO.- La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda. Dado que el artículo 4 de la Ley de **Competencia Desleal** prohíbe aquellas conductas que no tienen acomodo en alguno de los supuestos regulados en los artículos 5 a 32, según jurisprudencia constante, la sentencia, con una sistemática que estimamos correcta, analiza los hechos controvertidos en relación con cada uno de los tipos legales que el demandante estima infringidos. Y concluye que los demandados no incurrieron en actos de **competencia**



desleal y, en consecuencia, les absuelve. Para no resultar reiterativos, reproduciremos los argumentos del juez *a quo* al examinar los motivos de la apelación en relación con cada una de las conductas.

La sentencia es recurrida por la parte actora, que insiste en que los demandados han incurrido en los actos de **competencia desleal** que reseña en la demanda. También nos extenderemos en analizar sus argumentos al valorar cada una de las conductas.

La parte demandada se opone al recurso y solicita se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

CUARTO.- Como bien indica la sentencia apelada, el artículo 4 de la Ley de **Competencia Desleal**, que reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, está reservado a aquellos comportamientos que merezcan la calificación de desleales no contemplados en los artículos 5 y siguientes. La norma establece un supuesto de ilicitud con sustantividad propia, por lo que no cabe su alegación si los actos se contemplan en otra norma. De ahí que deba rechazarse todo planteamiento que pretenda configurar el ilícito general como una versión de los tipos específicos modalizados por un comportamiento contrario a la buena fe objetiva (SSTS de 20 de febrero de 2006 y 8 de julio de 2008).

Por tanto, en línea con lo argumentado por el juez *a quo*, lo razonable es analizar en primer término si los hechos que se denuncian en la demanda, de ser ciertos, encajan en alguno de los actos típicos contemplados en los artículos 5 a 32. Ambas partes aceptan -en el recurso y en la oposición- ese método en el examen de las distintas cuestiones que se han suscitado.

De este modo, la parte actora reitera que los demandados han incurrido en actos de confusión del artículo 6 de la Ley de **Competencia Desleal**, que considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. Dicho precepto, al igual que el artículo 12, se refiere a las formas de presentación de productos o servicios, y no a la imitación en las prestaciones, que tiene su acomodo en el artículo 11. La STS 9 de diciembre de 2010 (ROJ: STS 7202/2010) lo expone en estos términos: << el tipo del artículo 6 responde a la necesidad de proteger la decisión en el mercado del consumidor, ante el peligro de que sufra error sobre el establecimiento que visita, la empresa con la que se relaciona o los productos o servicios objeto posible de sus contratos, como consecuencia de la apropiación, la aproximación o la imitación de los medios de identificación utilizados por otros participantes en aquel - sentencia de 20 de mayo de 2.010 -. Al mencionar la norma como objeto de la confusión del consumidor "la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos", se refiere el legislador a los medios de identificación o presentación de la empresa, de las prestaciones o de los establecimientos de otro agente económico en el mercado >>.

Y sigue haciéndolo en estos términos: << También se proyecta sobre las creaciones formales, bien que reputadas, el artículo 12 - Sentencia de 19 de mayo de 2.008 -, mientras que el artículo 11 lo hace a la imitación de las iniciativas empresariales y de las prestaciones ajenas, entendidas éstas en el sentido de creaciones materiales - sentencias de 11 de mayo de 2.000, 7 de julio de 2.006 y 4 de marzo de 2.010 - >>.

Como tuvimos ocasión de sostener en nuestra Sentencia de 28 de junio de 2002 (JUR 2004/4073) y constituye la tesis más extendida sobre la forma de entender la delimitación del ámbito de aplicación del art. 6 y el art. 11 LCD, el objeto de confusión en el art. 6 LCD lo constituyen los <<medios de identificación empresarial>>, es decir, los signos distintivos (marcas y nombre comercial) y cualquier otro elemento que sirva para indicar el origen empresarial, tales como la forma de envase y de la etiqueta de un producto, la decoración del establecimiento, etc. En cambio, en el art. 11 LCD el objeto de imitación es la propia prestación empresarial, es decir, el producto o servicio en sí mismo y no sus formas de presentación.

QUINTO.- Al entender de la recurrente, la existencia de actos de confusión del artículo 6 se justifica por los siguientes hechos:

1º) El libro "*La Dieta Proteinada*" reproduce las etapas y los pilares sobre los que se asienta el Método Pronokal de la demandante.

2º) La publicación del libro "*La Dieta Proteinada*" fue ampliamente recogida por los medios de comunicación, que atribuyeron al doctor Daniel la creación del Método.

3º) El doctor Daniel, a través de un "auténtico entramado empresarial" (compuesto por las sociedades demandadas), ha comercializado complementos dietéticos, como el sodio, el calcio o vitaminas, que son elemento esencial del Método Pronokal.

4º) Los demandados comercializan en Serbia la llamada "dieta Protekal", utilizando para ello la web www.protekal.rs, dieta que reproduce el Método de la demandante. Utilizan para ello una forma de presentación y una marca similar a la de la actora.



Pues bien, aunque la apropiación de una prestación ajena -en este caso, del Método Pronokal-, tendría su acomodo, en su caso, como acto de imitación del artículo 11 y no como acto de confusión, no podemos tener por acreditado que el libro *"La Dieta Proteinada"* reproduzca dicho Método. En la propia demanda se admite que el método que describe el libro propugna pautas dietéticas que se apartan del Método Pronokal, que la actora considera contraproducentes y que abundan en la confusión, como es su aptitud para pacientes diabéticos "insulinodependientes", para los que el Método Pronokal está contraindicado.

Hemos de partir, en cualquier caso, de que la actora no invoca un derecho de exclusiva que oponer a los demandados, ni sobre el signo que identifica su pretensión ni sobre el propio método. En segundo lugar, tampoco es controvertido que la dieta proteinada o dieta de aporte proteico, como tratamiento de la obesidad a base de una dieta de bajo contenido calórico mediante preparados de proteínas, es muy conocida, concurriendo en el mercado múltiples empresas que comercializan preparados y componentes necesarios para llevar a cabo la dieta. En tercer lugar, el doctor Daniel tiene una amplia formación clínico-médica y una gran experiencia en el tratamiento de la obesidad a base de dietas de aporte proteico. De hecho, el demandado fue contratado por PROTEIN SUPPLIES por "su experiencia, conocimientos, cualidades y condiciones previas para la prestación de los servicios de formación y orientación de otros profesionales", según se expone en el contrato aportado por la demanda como documento tres (folio 91).

A partir de esas premisas, consideramos que el libro *"La Dieta Proteinada"* (documento seis de la demanda) no reproduce, sin más, el Método Pronokal, como da a entender la actora. En este sentido, valorando los informes periciales que obra en autos conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), nos merecen mayor crédito las conclusiones de la perito Bernarda (folios 171 y siguientes del Tomo XIII) que las de las peritos Doña Nieves y Doña Esther (documento diez de la demanda, folios 169 y siguientes del Tomo I, y documento dos aportado en la audiencia previa, folios 5 y siguientes del tomo XIV).

El libro no sólo describe la Dieta Proteinada como tratamiento, sino que dedica buena parte de sus capítulos a consideraciones generales sobre la obesidad, la nutrición, otro tipo de dietas, el cálculo del peso ideal, la importancia de otros elementos, como el agua, o recomendaciones para después de la dieta. El libro, en definitiva, como señala la perito Sra. Bernarda , recoge conocimientos médicos universales, que no son atribuibles a ninguna persona, extraídos de numerosos estudios médicos y de la propia experiencia del Sr. Daniel .

Todos los peritos coinciden que las dietas de aporte proteico traen causa de la tesis doctoral del Doctor Celestino en el año 1973, que han sido desarrollados por otros muchos investigadores. Son decenas, por tanto, los trabajos científicos y muchos los médicos que recomiendan y supervisan ese tipo de dietas.

Es cierto que el libro de la discordia describe las mismas fases del tratamiento, extremo en el que también coinciden los peritos (folio 192 de la pericial de la demandada, al tomo XIII, y 173 del informe de la actora), como son (i) la inicial o de preparación, (ii) la de pérdida de peso, mediante la ingesta de sobres de proteínas, (iii) la de reintroducción de alimentos o reeducación y (iv) finalmente la de mantenimiento o de consolidación. Sin embargo, no podemos tener por acreditado que esas fases, descritas en términos muy genéricos, sean exclusivas del Método Pronokal. Más bien al contrario, todo apunta que son comunes o similares a la de los distintos tratamientos dietéticos. Así, la pericial de la Sra. Bernarda realiza un análisis comparativo entre el Método Pronokal y las propuestas médicas comerciales de las empresas YSONUT S.L. y TEHRASCIENCE S.L., que proponen los métodos Protefine y Lignaform (folios 207 y siguientes), que son anteriores al de la actora, concluyendo que las tres presentan *"muchas coincidencias y similitudes que las hacen ser propuestas prácticamente idénticas"*.

En la pericial de la doctora Silvia (aportada en la audiencia previa) también se analizan otros métodos o sistemas de pérdida de peso basados en la dieta proteinada, incluidos los descritos por la Sra. Bernarda . En todos ellos también se enumeran distintas fases en el tratamiento, semejantes a las del Método Pronokal. Así, a modo de ejemplo, el Método Lignaform, aunque refiere seis fases, en realidad pueden agruparse en tres, muy similares a la del Método de la actora: una fase activa, con aporte elevado de proteínas; una segunda fase selectiva, en la que se sustituye en parte la preparación hiperproteica por un alimento natural; y una fase para "mantener los resultados obtenidos y mejorar la calidad de vida", que persigue corregir los hábitos alimentarios, fase que se asemeja a la de mantenimiento del Método Pronokal. De igual modo el Método Dietline contempla cuatro fases muy similares a las del Método de la actora: la inicial, la de adelgazamiento, la de transición y la de estabilización.

En relación con las fases, don Federico , que fue médico prescriptor de PRONOKAL, hasta su incorporación como responsable médico de YSONUT (minuto 1:06, de cuarto vídeo), manifestó que el método de su empresa (marca Protodiet) también se desarrolla en las mismas tres fases que el método de la demandante (1:00:07). Aunque los dos métodos no son iguales (1:06), afirmó que todas las dietas proteinadas son similares, dado que



se fundamentan en los mismos fundamentos médicos, esto es, el aporte de proteínas de alto valor biológico suplementadas con minerales y vitaminas (1:02).

Además, a las fases de la Dieta Proteinada el libro dedica sólo tres de sus treinta y cinco capítulos (18 de 185 páginas). Y, a diferencia del Método Pronokal, que está dividido en 8 subfases, las fases de la Dieta Proteinada que reseña el libro no contiene subfases.

En fin, las coincidencias que se detallan en el informe de la actora entre el libro del demandado y los documentos atribuidos a PROTEIN SUPPLIES, se refieren, en su mayor parte, a materias generales relativas a la obesidad, la nutrición, las dietas convencionales y las dietas proteicas, que pertenecen al acervo científico. La actora, por tanto, no ostenta ningún derecho de exclusividad sobre esos contenidos y, de facto, tampoco se invocan en la demanda.

SEXTO.- PROTEIN SUPPLIES, con apoyo en los informes de la doctora Silvia (dictámenes aportados el 12 de diciembre de 2012 - volumen XIV, páginas 5 y siguientes- y el 12 de febrero de 2013 -volumen XIV, páginas 344 y siguientes-), sostiene que el Método Pronokal se caracteriza y distingue de otros métodos por realizarse bajo control médico y con un acompañamiento global del paciente, que comprende tres áreas o pilares fundamentales; el "área dietética, la actividad física y el soporte psicológico-emocional o coaching-", que son pautadas a través de especialistas. Así, en el primero de los informes la doctora Silvia señala que " *en el año 2004 la empresa Protein Suplies lanzó al mercado el Método Pronokal, un tratamiento multidisciplinar nuevo y específico basado en la dieta proteinada, bajo supervisión médica y con una serie de elementos nuevos para el mantenimiento del peso a largo plazo gracias a la reeducación alimentaria y a la modificación del estilo de vida* " - página 6.- " *El equipo multidisciplinar -añade en la página 7- elemento diferenciador dentro del cual se encuentra perfectamente individualizado el departamento médico, el consejo dietético, el soporte emocional y la actividad física, los cuales están específicamente descritos y detallado con un protocolo específico para cada fase del Método Pronokal*".

En la vista (minuto 1:15 del vídeo 8) la doctora Silvia insistió en la existencia de un equipo multidisciplinar, que interviene en todas las fases del tratamiento, como elemento diferenciador del Método Pronokal en relación con otras dietas proteinadas. De ahí que hable de "método global" o de "sistema de adelgazamiento" (minutos 37 y 38), a diferencia de otras dietas.

También los testigos Dr. Ruperto -médico dietista-, Virgilio -responsable del área de actividad física de la demandante- y Lorena -del área de *coaching* -, así como los médicos prescriptores y pacientes, insistieron en ese equipo multidisciplinar como elemento propio del Método Pronokal, que lo distingue de otros métodos, al ofrecer un seguimiento dietético nutricional, un apoyo psicológico y unas pautas de actividad física a los pacientes.

Ello no obstante, no podemos tener por probado que el Método Pronokal incluya pautas propias en relación con la actividad física o con el apoyo emocional, distintas de las que puedan prestar otros profesionales. Aunque la perito Doña. Silvia llegó a hablar de una "idiosincrasia" en el Método, como elemento distintivo, fue incapaz en la vista de concretarlo (minuto 1:19 del vídeo 8).

En todo caso, sin negar que el Método Pronokal cuente con unos protocolos más desarrollados, de la prueba practicada resulta que el control médico es común a todo tipo de tratamiento dietético, que en todos ellos se recomienda el ejercicio físico y que no es inusual el apoyo emocional o de otro tipo. El testigo Federico , de YSONUT, que ofrece el Método Proteifine, también basado en una dieta con aporte proteico, afirmó en el juicio que recomiendan la actividad física y que cuentan con consultores externos -no en plantilla- que asisten a sus pacientes prestando apoyo psicológico o de *coaching* (minuto 1:05 del cuarto vídeo).

Y si ese equipo multidisciplinar distingue al Método Pronokal, el libro del Doctor Daniel no responde a ese mismo esquema. Junto a las consideraciones generales sobre la obesidad, la nutrición y las dietas, así como la descripción de la dieta proteinada, el libro contiene recomendaciones básicas sobre ejercicio físico y el apoyo emocional (páginas 49, 53 o 79, reseñadas en el informe pericial de la actora -documento 10-), que en modo alguno se destacan como elemento central del tratamiento.

SEPTIMO.- Por otro lado, la pericial de la Sra. Bernarda realiza un estudio nutricional comparativo entre el Método Pronokal y el libro del demandado (anexo G, folios 209 y siguientes), reflejando variaciones relevantes en el listado de alimentos de una y otra propuesta, que se suman a las divergencias que se reconocen en la propia demanda en el ámbito de las contraindicaciones.

También Doña Silvia admitió en la vista que entre el Método Pronokal y la Dieta Proteinada hay "divergencias y coincidencias" (minuto 1:05, del vídeo 8), aunque sostuvo que son más las segundas.



En este contexto, ninguna relevancia probatoria atribuimos al hecho de que alguno de los testigos, fundamentalmente médicos prescriptores, reconozcan en el libro el Método Pronokal, circunstancia que se justifica en el hecho de tener por objeto una dieta proteinada y por ser el doctor Daniel su autor.

Tampoco es relevante la repercusión del lanzamiento del libro en las redes sociales y en los medios de comunicación. La vinculación del Doctor Daniel con PROTEIN SUPPLIES y con el Método Pronokal ha podido determinar que se le atribuya erróneamente el papel de "creador del Método". Sin embargo, no es esa la confusión que sanciona el artículo 6 de la Ley de **Competencia Desleal**.

OCTAVO.- Y es que, en definitiva, consideramos, en línea con lo sostenido en la sentencia de instancia, que la recurrente realiza una interpretación errónea del artículo 6 de la Ley de **Competencia Desleal** y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos de confusión, expuesta de forma sucinta en el fundamento cuarto de esta resolución.

El objeto de confusión en el artículo 6 de la Ley de **Competencia Desleal** guarda relación con los medios de identificación empresarial, esto es, con los signos distintivos, la forma de presentación o cualesquier otro elemento que sirva para indicar el origen empresarial del producto o servicio. En el presente caso, no es controvertido que el libro no alude a la marca PRONOKAL ni a los signos que utiliza la actora en el ejercicio de su actividad. El riesgo de confusión, según la actora, nace con la lectura del libro, en la medida que al consumidor medio y al médico prescriptor le asaltará la duda *"del común origen del Método que se describe en el libro y el Método Pronokal, así como las características del mismo"* (página 29 del recurso). *"El consumidor medio que lee el libro - añade el recurso- y conoce el Método Pronokal será incapaz de discernir si el demandado ha sido efectivamente el precursor del Método Pronokal, si tiene nada que ver con el mismo, si es cierto que es el creador de la dieta proteinada o si ha tratado realmente él mismo a 300.000 pacientes que en ocasiones se le atribuyen"*.

De hecho en el recurso se contempla la ausencia de cualquier referencia a la marca PRONOKAL como una circunstancia que acrecienta la confusión: *"Al prescindir el libro de forma deliberada de cualquier referencia a la marca Pronokal y/o a la denominación comercial de mi representada PROTEIN SUPPLIES -dice el recurrente-, se provoca en el consumidor un riesgo de confusión no solo acerca del verdadero contenido del libro -que no sólo habla de la dieta proteinada- sino acerca del origen empresarial del Método Pronokal sembrando una duda razonable tanto a: (i) pacientes que conocen el Método Pronokal, (ii) pacientes que no conocen el método pero que están interesados en realizar un dieta proteinada en general cuando en realidad estarán realizando el Método Pronokal sin seguir sus pautas y protocolos, pudiéndolo incluso realizar por su cuenta y por tanto sin control médico, elemento básico y fundamental del Método, y a (iii) los médicos prescriptores del Método, tanto acerca del común origen del método que se reproduce en el Libro y Método Pronokal, como sobre las características del mismo"*.

Esas circunstancias, referidas al contenido del libro, que sólo se advierten, en su caso, tras su lectura, son totalmente ajenas a los actos de confusión que sanciona el artículo 6 de la Ley de **Competencia Desleal**.

NOVENO.- La parte actora también considera acto de confusión la comercialización por los demandados, a través de un entramado empresarial, de complementos que constituyen elemento esencial del Método Pronokal. En concreto, la prueba practicada ha constatado que DIAGONAL TRESNOUDOS S.L., de la que es socio único don Daniel, comercializa sodio, y LABORATORIOS SUICO S.L., que está administrada por la Sra. Benita, ha comercializado vitaminas y calcio. Esta sociedad también ha exportado dichos complementos a la sociedad serbia PROTEIN PREMOBA DOO.

No compartimos el criterio de la apelante. Sin perjuicio de analizar posteriormente si esa misma conducta es contraria a las exigencias de la buena fe objetiva, en ningún caso integra el tipo legal del artículo 6. Como tampoco lo integra la constitución de la sociedad PROTEIN PREMOBA DOO, en la que participan el 50% los demandados Sres. Daniel y Benita, junto a SVETDIET HOLDING S.L., sociedad de María Inmaculada y Marcelino, dado que desarrolla su actividad en Serbia, en donde no está presente la actora.

Al hilo de la actividad de PROTEIN PREMOBA DOO, la comercialización de la dieta Protekal en el mercado Serbia y el uso de la web www.protekalsr, en ningún caso puede considerarse acto de **competencia desleal**. El artículo 2 de la Ley de **Competencia Desleal** exige que los comportamientos desleales se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. No es controvertido que PROTEIN SUPPLIES no está implantada en Serbia, en donde no se comercializan sus productos ni el método Pronokal, como bien señala la apelada. Por ello, al no concurrir en el mismo mercado, no es posible apreciar la conducta desleal.

Ha de tenerse presente, además, que la Ley de **Competencia Desleal** se aplica a actos cometidos o que han producido sus efectos en el mercado español. Así lo establecía expresamente el artículo 4 de la Ley de **Competencia Desleal** de 1991, en su redacción originaria. La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, de modificación del régimen legal de la **competencia desleal** y la publicidad, suprime dicho precepto, no porque la Ley Española



extienda sus efectos a actos desleales cometidos fuera del mercado español, sino, tal y como expone su Exposición de Motivos, por cuanto el Reglamento CE 864/2007 del Parlamento Europeo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, "permite suprimir cualquier referencia a su ámbito territorial". Y tanto de acuerdo con el artículo 6 del Reglamento (que declara aplicable a los actos de **competencia desleal** la Ley de país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados), como de acuerdo con el artículo 4 (norma general, al que se remite el artículo 6.2º, que declara aplicable la Ley del país donde se produce el daño), es indiscutible que no resulta aplicable la Ley española a los actos cometidos en Serbia.

Por lo expuesto, debemos descartar que los demandados hayan incurrido en la conducta tipificada en el artículo 6 de la Ley de **Competencia Desleal**.

DECIMO.- En segundo lugar la parte actora considera que el demandado Don Daniel ha infringido el artículo 7 de la Ley, que considera desleal " *la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.*"

El apartado segundo añade que " *para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado. Cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios.*"

La vigente redacción del artículo 7 trae causa de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, de modificación del régimen legal de la **competencia desleal**, que incorpora la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. A diferencia de su redacción originaria, la vigente LCD regula en su artículo 5 los actos de engaño propiamente dichos (en sentido positivo) y el artículo 7 las omisiones engañosas, preceptos de carácter general que, como señala la doctrina, se aplican con independencia de quienes sean los destinatarios de la conducta, en la medida que omiten cualquier referencia al consumidor. Esas conductas generales se complementan con el catálogo de prácticas comerciales desleales con los consumidores de los artículos 19 y siguientes.

El artículo 7, por tanto, contempla dos supuestos distintos: la omisión de información en sentido estricto y la información ambigua, ininteligible o inoportuna. En uno y otro caso el destinatario de la información ha de verse privado de los elementos de juicio necesarios para tomar sus decisiones económicas, con el riesgo de incurrir en error.

DECIMOPRIMERO.- En la demanda la actora alegó que " *la forma ambigua y poco clara de promocionar la Dieta Proteinada (el libro) sin establecer vínculo alguno con Protein Suplies o el Método Pronokal impide que el destinatario pueda formarse una idea cierta y real del mensaje que se le transmite.*"

La sentencia, tras valorar la prueba practicada, concluye que el Método Pronokal no deja de ser una presentación comercial más de una dieta proteinada. Las características específicas del Método (estricto control médico, apoyo emocional y ejercicio físico), al entender del *juez a quo*, no se aseguraban en todo caso y no dejan de ser herramientas comunes recomendadas para todo tipo de dietas. Por ello, la omisión en el libro de cualquier referencia a la actora o al Método Pronokal no puede reputarse engañosa. Tampoco lo son la omisiones de carácter médico contenidas en el libro, referidas a la cantidad de proteínas que el libro recomienda en función del sexo y la posibilidad de someterse a la dieta a diabéticos.

El recurrente impugna la sentencia, reiterando que las omisiones engañosas resultan de los siguientes hechos:

1º) El libro "La Dieta Proteinada", pese a hacer referencia al Método Pronokal, no menciona a PROTEIN SUPLIES o al Método. Rechaza que el libro verse sobre la dieta proteinada en general, a partir de la experiencia y los conocimientos del Dr. Daniel, sino que "reproduce íntegramente" el Método Pronokal de la actora con todos sus elementos y características.

2º) El libro puede provocar error "en cualquier paciente que quiera realizar una dieta proteinada y no conozca el Método Pronokal"; "en cualquier paciente que conoce y sigue el Método, acerca la titularidad del mismo y su creador"; "en cualquier médico prescriptor del Método Pronokal no sólo acerca de la titularidad del mismo y su creador, sino también sobre las características del mismo, pues el libro incluye algunas manifestaciones que no son plenamente ajustadas al Método" (folios 69 y 70 del recurso).



DECIMOSEGUNDO.- Coincidimos con las conclusiones de las sentencias de instancia. Como hemos expuestos en los fundamentos anteriores, el libro del Doctor Daniel " *La Dieta Proteinada*" no reproduce el Método Pronokal. El libro no deja de ser una referencia más de la literatura médica sobre la dieta con aportes proteicos. Por ello el demandado no venía obligado a publicitar el libro con mención expresa a PROTEIN SUPLIES o al propio Método Pronokal. No se hurtó información necesaria a los consumidores, a los lectores, a los pacientes o a los médicos prescriptores, tal y como exige el artículo 7 de la Ley.

La recurrente considera omisión engañosa algún pasaje del libro en la medida que se aparta de las recomendaciones del Método Pronokal, como son las relacionadas con la cantidad de proteína a suministrar en función del sexo y edad del paciente o las posibilidad de que una persona diabética pueda someterse a la dieta proteinada. Sin embargo, como no admitimos que el libro reproduzca, sin más, el Método de la actora, valoramos las recomendaciones del demandado como una alternativa más en el ámbito de los tratamientos dietéticos y como el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, máxime cuando no ha quedado acreditado que las recomendaciones del doctor Daniel sean contraproducentes.

Por todo lo expuesto, también rechazamos que los demandados hayan infringido el artículo 7 de la Ley de **Competencia Desleal**.

DECIMOTERCERO.- El artículo 11 de la Ley de **Competencia Desleal**, en cuyo ámbito la actora incardina la conducta de la demandada, después de sentar como regla general que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley, dispone en su apartado segundo que "la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un **aprovechamiento** indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno".

El Tribunal Supremo (SS de 30 de mayo de 2007, 17 de julio de 2007 y 15 de diciembre de 2008) ha señalado que dicho precepto "proclama como principio la libertad de imitación, salvo si existe un derecho en exclusiva que la impida", y que el uso concurrencial no reivindicado como excluyente no constituye, por sí solo, **competencia desleal**. De este modo, si la prestación o creación material no está protegida por un derecho de exclusiva, cabe la libre imitación, que comprende la identidad del producto, es decir, la copia servil o idéntica. Como hemos señalado en anteriores resoluciones (desde nuestra sentencia de 26 de septiembre de 2000, que citamos en la más reciente de 15 de septiembre de 2011 -RJ 13679/2011-), lo que la norma sanciona no es la aproximación de productos o prestaciones de tal forma que sus características los hagan intercambiables, pues es precisamente en estos casos en los que la competencia alcanza su máximo exponente, ya que, en otro caso, se vaciaría totalmente de contenido la regla general de libre imitabilidad, sin que pueda fundamentarse la deslealtad exclusivamente en la confusión y en el **aprovechamiento** de la reputación ajena que surge de la sola imitación del producto, ya que: a) ésta es lícita como regla; y b) queda amparada por la previsión contenida en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 11: la inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de **aprovechamiento** de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

Siguiendo lo apuntado en nuestra sentencia de 23 de marzo de 2013 (Rollo 411/2011), la jurisprudencia, en el marco del art. 11 LCD, advierte de que la apreciación de deslealtad debe ser objeto de interpretación restrictiva (SSTS, entre otras, de 13 de mayo de 2002 y 30 de mayo de 2007) porque "si bien las creaciones empresariales deben ser protegidas por el interés de sus creadores o titulares, de los consumidores y el interés general, sin embargo, el principio de libre imitabilidad se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico (art. 11.1, inciso primero LCD), hallándose integrado en el de libre competencia", y que "el primero de los requisitos de índole negativa -exclusión del ilícito- consiste en que la prestación o iniciativa empresarial ajena (de un tercero) no esté amparado por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley (art. 11.1, inciso segundo, LCD). Si lo está, lo que habrá será, en su caso, una infracción del derecho de exclusiva, a determinar conforme a su específica ley reguladora, pues el art. 11 LCD "no desplaza, sustituye o duplica la protección específica que a la propiedad industrial reconocen las leyes especiales que la regulan".

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

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

Pero el riesgo de asociación o de confusión en los consumidores no nace por el mero hecho de la exacta o más o menos exacta imitación de la prestación ajena, ya que, de ser así, el principio de libre imitabilidad



quedaría vacío de contenido. El riesgo de asociación o de confusión ha de reconocerse en atención a la posible apropiación de la evocación de la procedencia empresarial que por sí sola encierra la prestación imitada, y para apreciar esto será necesario, como se ha dicho, que la prestación imitada posea una "singularidad competitiva", es decir, que incorpore rasgos diferenciales que la distingan suficientemente de otras prestaciones de igual naturaleza, y además un asentamiento o implantación suficiente en el tráfico de la prestación original objeto de imitación, de tal modo que el consumidor asocie, en atención a esos rasgos o notas singulares, la prestación imitadora con la imitada, induciéndole a creer que procede del mismo empresario o de empresas vinculadas por algún tipo de concierto económico que autorice a una de ellas a aproximarse o a copiar esos rasgos singulares presentes en la prestación de la otra.

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

Sobre la imitación con **aprovechamiento** del esfuerzo ajeno, hemos declarado en anteriores sentencias que tal supuesto se identifica, en particular o en especial, con la llamada "imitación por reproducción", esto es, la imitación de prestaciones originales ajenas mediante el empleo de especiales medios técnicos que permiten la multiplicación del original a bajo coste (especialmente la reprografía, sin descartar otras técnicas de reproducción o copiado). Empleando tales medios se consigue la apropiación inmediata de la prestación ajena sin aportar el esfuerzo y los costes que supone su recreación, y esto determina la destrucción de la posición ganada por el pionero (empresario imitado), al que se impide la amortización de los costes de producción. Así es porque esas técnicas de reproducción repiten la prestación ajena evitando todo coste de desarrollo y suprimen la ventaja temporal del que se adelantó en la creación, ventaja temporal que es lo que permite al pionero amortizar los costes de producción. Siguiendo con esa concepción, es secuencia lógica que la apropiación inmediata de la prestación o iniciativa ajena, mediante tales técnicas de reproducción, evita el retraso temporal natural de la introducción en el mercado de la imitación. El hecho de que la imitación tenga lugar a través de reproducción determina que los costes de producción del imitador sean bajos o escasos y ese ahorro de costes se traducirá en un precio de venta más bajo; de ahí que la deslealtad venga determinada por el ahorro de costes que se obtiene gracias a la reproducción. De lo contrario, la imitación no podrá llegar a poner en peligro la ventaja del pionero, ni podrá decirse que el imitador ha logrado una ventaja competitiva injustificada. El conjunto de tales requisitos supone, en fin, que la imitación ha de representar para el empresario imitado una seria desventaja comercial, en el sentido de determinar la imposibilidad o la notable dificultad de amortizar sus costes.

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

DECIMOCUARTO.- Según la recurrente, remitiéndose a los mismos argumentos esgrimidos en otros motivos de impugnación, el libro "*La Dieta Proteinada*" no habla de "*las dietas proteinadas en general*" ni se hizo a partir de la "*experiencia profesional del Doctor Daniel*", sino que reproduce en su integridad el "*Método Pronokal*" (punto 4.3 del recurso). Ese argumento ya lo hemos rebatido en los fundamentos anteriores, a los que remitimos.

La actora insiste en el carácter singular de su Método y en la gran "implementación" en el mercado, singularidad que deduce del hecho de contar con tres "áreas específicas" -dietético nutricional, *coaching* o apoyo psico-emocional y actividad física-, con protocolos específicos, que le distinguen del resto de dietas existentes en el mercado. También en este punto nos remitimos a los fundamentos anteriores. Insistimos, junto al componente dietético, que no se discute que está presente en cualquier tratamiento, el apoyo emocional o la necesidad de compaginar la dieta con el ejercicio físico no son elementos exclusivos del Método de la actora. Está presentes, de una u otra manera, en otras dietas proteinadas o de otro tipo. Y, por otro lado, el libro del demandado, de carácter fundamentalmente divulgativo, no focaliza en esas herramientas comunes el elemento nuclear del tratamiento.

No apreciamos, por tanto, que el demandado haya cometido actos de imitación en los términos exigidos por el artículo 11 de la Ley de **Competencia Desleal**.

DECIMOQUINTO.- El artículo 12 LCD regula el **aprovechamiento** indebido de la reputación ajena como acto desleal que se define básicamente por su resultado, a diferencia de lo que ocurre con el resto de supuestos previstos en dicha ley. Establece dicho precepto que "se considera desleal el **aprovechamiento** indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro



en el mercado. En particular se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como modelo, sistema, tipo, clase y similares".

Como señalábamos en la Sentencia de 20 de abril de 2007 (citada, a su vez, en la Sentencia de 5 de marzo de 2013 - Rollo 414/2014), " el artículo 12 de la Ley 3/1991 trata de proteger, además del mercado, al competidor que ha logrado reputación industrial, comercial o profesional, y tipifica como desleal cualquier comportamiento adecuado para producir como resultado el **aprovechamiento** de las ventajas que la misma proporciona. Aunque la acción puede ser de cualquier tipo, con tal que tenga aptitud para producir aquél efecto, que la cualifica y define, normalmente consistirá en el empleo de signos distintivos ajenos, notorios o implantados en el mercado y, además, con buena fama o reputación o prestigio. Pero, en cualquier caso, la acción no se refiere a la imitación de las prestaciones, amparadas en su caso por el art. 11 LCD , sino como en el caso del art. 6 LCD a la forma de presentación de las prestaciones que induzca a asociarla a un origen empresarial bien reputado en el mercado, con idea de aprovecharse de las ventajas de tal reputación ".

Los presupuestos para que concurra el ilícito del artículo 12 LCD son: (i) el prestigio o reputación de un tercero, (ii) la realización de un comportamiento apto para lograr un **aprovechamiento** o ventaja de esa reputación ajena y (iii) que el **aprovechamiento** sea indebido.

DECIMOSEXTO.- La apelante alega en su recurso, al igual que hizo en la demanda, que PROTEIN SUPLIES transmitió el "know- how" del Método Pronokal al Doctor Daniel , que no tenía conocimientos previos sobre la dieta proteinada. Y, reiterando los argumentos expuestos al hilo de los otros motivos de impugnación, considera que el demandado se "apropió" del Método Pronokal en el libro " La Dieta Proteinada". A esos argumentos ya hemos dado respuesta en los fundamentos anteriores, a los que nos remitimos.

Basta con añadir, a estos efectos, que el Sr. Daniel fue contratado por la demandante precisamente por sus conocimientos sobre nutrición y dietética. No advertimos, en absoluto, que el demandado se haya aprovechado de la reputación de PROTEIN SUPLIES, atendido el contenido del libro, en el que se divulgan conocimientos generales sobre nutrición y la dieta proteinada. Insistimos, además, que la conducta del artículo 12 de la LCD , al igual que la del artículo 6, viene referida a la forma de presentación de los productos o servicios, esto es, a los medios de identificación empresarial, como los signos distintivos (marcas y nombre comercial) y cualquier otro elemento que sirva para indicar el origen empresarial.

La constitución de empresas que hayan podido comercializar complementos dietéticos similares a los de la demandante tampoco es relevante, a estos efectos, dado que los productos se comercializan con signos distintos. Y, en cuanto a la comercialización en Serbia del Método Potekal, nos remitimos a lo argumentado en el fundamento noveno.

En definitiva, los demandados no han incurrido en la conducta sancionada en el artículo 12.

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

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



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

DECIMOSÉPTIMO.- La actora en la demanda partió de la obligación asumida por el doctor Daniel en el contrato (cláusula 4-1º, apartado g/) de "mantener la más absoluta confidencialidad sobre datos e informaciones obtenidas como consecuencia de las relaciones comerciales entre las partes" y de "respetar y hacer respetar indefinidamente su confidencialidad a todo su personal contratado y/o colaborador". Esa obligación, a su entender, había sido incumplida tanto por el Sr. Daniel, como por la Sra. Benita, al "utilizar en su propio beneficio y/o en beneficio de sociedades en las que tienen intereses toda la información y secretos industriales que han obtenido de PROTEIN SUPPLIES, divulgándolos como si fuesen suyos" (página 52).

La sentencia señala que la actora no ha precisado con claridad qué secretos son los presuntamente violados por los demandados y, por tal motivo, desestima la pretensión, conclusión que compartimos. Ni en la demanda ni en el recurso se fija con claridad cuál es la supuesta información confidencial que el libro del Sr. Daniel habría revelado o divulgado. Tampoco ha quedado acreditado que el "entramado" de empresas de los demandados -término despectivo que se utiliza con profusión en el recurso- hayan explotado ilegítimamente secretos industriales o empresariales de PROTEIN SUPPLIES.

De este modo, la recurrente alude a las "pautas específicas de actividad física o de *coaching*" de PROTEIN SUPPLIES, sin mayor concreción, remitiéndose a la pericial de Doña Silvia. Sin embargo, al valorar dicha prueba y, en especial, su ratificación en la vista, hemos señalado que la perito no supo precisar en qué consistían los ejercicios físicos o el apoyo emocional que se prestaba a los pacientes y en qué se distinguían de los de otros métodos dietéticos. Ahora en el recurso se añade que esas pautas se encontraban en la web de la demandante (www.clubpronokal.com), circunstancia de la que no podemos deducir su carácter confidencial o secreto. La mera alusión por Doña Silvia de que alguno de los circuitos del "área de acceso privado" de los pacientes se reprodujera en el libro -extremo sobre el que nada se dijo en la demanda-, tampoco estimamos que acredite que esa información sea secreta. No nos consta, además, que tenga un valor comercial específico y que la demandante haya adoptado medidas razonables para preservarla.

DECIMOCTAVO.- Por último la recurrente considera desleal, de acuerdo con la cláusula general del artículo 4 de la Ley Concursal, las siguientes conductas (las extraemos de la alegación 4.6 del recurso, páginas 95 y siguientes):

1º) La creación por los Sres. Daniel y Benita de "una serie de sociedades paralelas" con idéntico objeto a PROTEIN SUPPLIES y que concurren con ellas. En concreto, DIAGONAL TRESNOUDOS, PEMOBAGE, PROTEIN PEMOBA DOO y LABORATORIOS SUICO.

2º) La publicación del libro "La Dieta Proteinada", que reproduce íntegramente el Método Pronokal, apropiándose de él.

3º) La actividad de los demandados en Serbia de promoción del Método Prónokal.

Descartamos, de entrada, por los argumentos expuestos en los fundamentos anteriores, que merezcan reproche por **competencia desleal** la publicación del libro, la actividad de los demandados fuera del mercado español y la constitución de las sociedades PEMOBAGE y PROTEIN PEMOBA DOO para la actividad en Serbia.

Restaría por analizar únicamente los actos que se atribuyen a DIAGONAL TRESNOUDOS y LABORATORIOS SUICO. En la demanda a DIAGONAL TRESNOUDOS se le demandó por ser la sociedad por medio de la cual el Sr. Daniel facturaba sus servicios de formación (página 9), en tanto que LABORATORIOS SUICO, de la que es administradora Benita, fue demandada como parte del entramado creado por los demandados "para desarrollar un método idéntico al de PROTEIN SUPPLIES" (página 31).

Sin embargo de la prueba practicada sólo podemos tener por acreditado -no es controvertido en el recurso- que DIAGONAL TRESNOUDOS comercializó cloruro sódico y LABORATORIOS SUICO calcio y vitaminas. Se trata, por tanto, de actos que no coinciden exactamente con aquellos que se les atribuye en la demanda. En cualquier caso, como sostiene la resolución recurrida, la comercialización de complementos no constituye la actividad primordial de la demandante. Además, PROTEIN SUPPLIES conocía la actividad del Sr. Daniel como proveedor de suplementos dietéticos, actividad que no coincidía con la labor que desarrollaba en PROTEIN SUPPLIES (médico formador). Así, Sonsoles, trabajadora de la actora, que la propuso como testigo (minuto 17 y siguientes del primer vídeo), admitió que el Sr. Daniel era proveedor de sal para el Método Pronokal (minuto 35:31). Además, las cantidades facturadas por DIAGONAL TRESNOUDOS y LABORATORIOS SUICO como distribuidoras de suplementos dietéticos fue insignificante, según resulta de los informes del Sr. Secundino de 30 de septiembre de 2012 (folios 133 y 144 del tomo XIII) y del Sr. Jose Ángel (folio 103 del tomo XIII). Apenas 13.000 euros la primera en los dos últimos años y 7.000 euros la segunda.



Por las circunstancias descritas -la actividad desarrollada por las demandadas no coincidía con la actividad principal de la actora, dicha actividad fue conocida y tolerada, al menos en relación con el suministro de sal, y alcanzó cifras poco relevantes- entendemos que esa conducta no es contraria a las exigencias de la buena fe objetiva (artículo 4 de la Ley de **Competencia Desleal**).

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

DECIMONOVENO.- 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 PROTEIN SUPLIES S.L., contra la sentencia dictada en fecha 2 de abril de 2013 por el Juzgado de lo Mercantil 3, que confirmamos, con imposición de las costas al apelante y pérdida del depósito constituido.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas 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.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, 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.