



Roj: **SAP B 17/2015 - ECLI:ES:APB:2015:17**

Id Cendoj: **08019370152015100017**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **20/01/2015**

Nº de Recurso: **53/2014**

Nº de Resolución: **9/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA BLANCA TORRUBIA CHALMETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 53/2014-2ª

Juicio Ordinario núm. 600/2012

Juzgado Mercantil núm. 7 Barcelona

SENTENCIA núm. 9/2015

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

BLANCA TORRUBIA CHALMETA

En la ciudad de Barcelona, a veinte de enero de de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 7 de esta localidad, por virtud de demanda de Fox Producciones, S.L. contra Ezequias , Javier y PROACTIV, S.L. pendientes en esta instancia al haber apelado Fox Producciones, S.L. la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 27 de septiembre de 2013.

Han comparecido en esta alzada la apelante Fox Producciones, S.L., representada por la procuradora de los tribunales Sra. Adriana Flores Romeu, así como Proactiv, S.L. en calidad de apelada, representada por el procurador Sr. Octavio Pesqueira Roca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: <<DESESTIMO la demanda formulada por Dña. Adriana Flores Romeu, en nombre y representación de FOX PRODUCCIONES, S.L., y ABSUELVO a D. Ezequias , D. Javier y la sociedad PROACTIV S.L. de la totalidad de las pretensiones formuladas en su contra y ello con la expresa imposición a la parte demandante de todas las costas procesales causadas>>.

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Fox Producciones, S.L. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 19 de noviembre de 2014.

Actúa como ponente la magistrada suplente BLANCA TORRUBIA CHALMETA.



FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO . 1. Fox Producciones S.L. ejercitó la acción de competencia desleal, por infracción del art. 4 LCD , contra Ezequias , Proactiv, S.L. y su administrador Javier . La sentencia, ahora recurrida, dictada en el proceso, parte de los siguientes hechos probados:

Fox Producciones, S.L. fue constituida en el año 2008 y está dedicada a la promoción y desarrollo de espectáculos y son sus administradores y socios los Sres. Juan Carlos y Bernabe .

El Sr. Ezequias trabajó para la actora desde el 27 de julio de 2010 hasta el 31 de agosto como jefe de producción y representante.

Fox Producciones, S.L. había sido contratada por la codemandada Proactiv, S.L., quien, a su vez, fue contratada por Field Entertainment, propietaria mundial de los espectáculos de Disney, para la producción de montajes de espectáculos de Disney y otros en España.

Proactiv, S.L. constituyó la sociedad Behind the Scenes y es titular de un 95% de capital social, para crear su propia división y ofrecer los servicios que antes había prestado Fox Producciones, S.L. a Proactiv, S.L.

Proactiv, S.L., decidió prescindir de los servicios de la actora para las producciones de espectáculos a partir de 2012, para lo cual cuenta con la sociedad Behind the Scenes en la que presta sus servicios el Sr. Ezequias .

2. La sentencia recurrida, tras recoger diversa jurisprudencia interpretativa del art. 4 LCD (anterior 5 LCD), considera que el Sr. Ezequias no actuó de mala fe por vulnerar el deber de confidencialidad con Fox Producciones, S.L. La actora entendía que tal mala fe se desprendía de los correos electrónicos intercambiados entre el Sr. Ezequias y el Sr. Javier . Dicha sentencia argumenta que la vulneración de datos confidenciales tiene una específica regulación en el art. 13 LCD . Y tras analizar la jurisprudencia a propósito de este precepto, concluye que las listas de proveedores, de clientes, precios y modo de trabajar de la demandante que ésta menciona de manera genérica, dando por supuesto que son secretos y existe sobre ellos un deber de reserva, no pueden considerarse secretos empresariales. Sin que quepa aplicar el art. 4 LCD por falta de algún requisito del art. 13 LCD al no haber mala fe (ni se adoptaron por la demandante medidas para preservar la información en secreto, ni es una información relevante para la empresa, y no se han traspasado los límites objetivos de la buena fe).

3. Fox Producciones, S.L. funda su recurso en las siguientes alegaciones:

- La demanda se basa en una serie de conductas que traspasan los límites objetivos de la buena fe. Los precios son confidenciales y relevantes y los negocia cada proveedor con cada empresa.

- El conjunto de correos electrónicos y la prueba testifical revelan cómo es importante el modo de operar con los precios por parte de la demandante.

- Infracción de los arts. 429 y 281 y 382 LEC al no admitirse la prueba del ordenador, ni la del teléfono móvil que sustentaban la demanda puesto que revelaban cómo el Sr. Ezequias desprestigiaba a la actora y comentaba datos confidenciales de la empresa como precios pactados con los distintos proveedores y un comportamiento desleal según las leyes de la competencia (sin concretar nada a este respecto) en connivencia con el Sr. Javier .

Y solicita la estimación íntegra del recurso y la condena a los codemandados al pago de 190.000 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios por daño emergente y lucro cesante, con condena en costas.

4. Proactiv, S.L. por su parte, funda la oposición al recurso en las siguientes alegaciones:

- Falta de prueba por la actora de la alegación de aprovechamiento de las informaciones por Proactiv, S.L. que, por otra parte, ya conocía a los proveedores desde el principio de la relación con la actora.

- Los correos no se aportaron en su día por un problema de impresión, según la actora, y tampoco se concretó su objeto. Y de la transcripción de los mismos, no se aprecia ninguna actuación desleal.

- El acceso a los correos no es legal por cuanto la dirección utilizada era privada.

Y solicita la confirmación de la sentencia y la imposición de las costas a la recurrente.

SEGUNDO . 5. Para resolver el presente caso es oportuno recordar la doctrina del Tribunal Supremo sentada a propósito de los artículos 13 y 4 (antiguo 5) LCD .

Así, la sentencia de 21 de febrero de 2012 (Id Cendoj 28079110012012100118) señala: " Pero claro está que la experiencia profesional del empleado no puede considerarse un secreto empresarial de la empresa empleadora ni, desde luego, es exigible que quien deja una empresa para trabajar en otra dedicada a la misma actividad prescinda absolutamente, como parece pretenderse en este fundamento del recuso, de todo lo aprendido en la



primera, ya que esto equivaldría a la eliminación del propio concepto de experiencia profesional como factor relevante de todo currículum orientado a obtener un puesto de trabajo. En relación con lo que parece querer plantear este fundamento del recurso, la sentencia de 22 de noviembre de 2011 (rec. 1617/08) declara que "el trasvase de trabajadores de una empresa a otra de la misma actividad comercial no supone ningún ilícito competencial, como tampoco cuando hay aprovechamiento de la experiencia y formación profesional adquirida, e incluso de información sobre el desarrollo del negocio cuando ésta no es secreta o reservada". Y concluye " En realidad, para desestimar el recurso en su conjunto puede aplicarse lo que, para desestimar un motivo, razonaba la sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2009 (rec. 619/2004) del siguiente modo: "En cualquier caso, lo fundamental en la doctrina de esta Sala, y por ello debe desestimarse el motivo, es que por regla general la mera captación y trasvase de trabajadores de una empresa a otra que se va a fundar, o ya fundada, no constituye competencia desleal, como tampoco lo es el que un trabajador o directivo de una empresa pase a otra para ejercer la misma actividad profesional aprovechando su experiencia y conocimientos (SSTS 11-10-99 en rec. 531/95 , 1-4-02 en rec. 3363/91 , 24-11-06 en rec. 369/00 y 14-3-07 en rec. 480/00), pues lo contrario supondría tanto como negar la movilidad laboral. En particular, de estas últimas sentencias la de 24 de noviembre de 2006 considera que no infringe el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal quien abandona una empresa para la que trabajaba, funda otra, capta clientes y vende a precios más bajos, no constituyendo en general secretos empresariales los relativos a la clientela. De aquí se sigue que para encuadrar en el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal conductas de cierto parecido con la de los tres demandados de que se trata, como hicieron las sentencias citadas por la parte recurrente y, más recientemente, las SSTS 8-10-07 (rec. 3652/00), 2-7-08 (rec. 2522/01) y 3-7-08 (rec. 2635/01), sea necesario un sustento probatorio del que se carece en este caso y una precisión en la demanda que tampoco se da, pues asimismo es doctrina de esta Sala que la función del art. 5 de la Ley de Competencia Desleal es sancionar conductas no previstas en sus arts. 6 a 17 pero no considerar ilícitas las sí previstas cuando falten algunos de los requisitos exigidos en éstos (SSTS 30-5-07 en rec. 2037/01 , 28-5-08 en rec. 2534/01 y 3-7-08 en rec. 2635/01), existiendo también ámbitos normativos ajenos al de la competencia desleal que contemplan conductas que guardan relación con las aquí enjuiciadas pero estableciendo consecuencias jurídicas específicas, como son las laborales o las societarias (caso este último de la STS de 5-12-08 en rec. 1353/03)".

Por su parte, la sentencia de 8 de octubre de 2007 (Id Cendoj: 28079110012007101013) precisa " se imputa violación de secretos que calificarían la conducta como desleal (artículo 13.1 LCD) y que en el caso se habría de traducir en la explotación de los listados de clientes y de otras informaciones sobre precios y condiciones, que habrían de tener la consideración de secretos empresariales a los efectos de poder ser encuadrada su explotación en las previsiones del precepto señalado. Ha de destacarse que los demandados han podido tener acceso legítimo, con lo que se trasladaría la cuestión al punto de determinar si pesaba sobre los demandados un especial deber de reserva (artículo 13.1 LDC) que, en el contexto en que se produce, no parece haya de extenderse a los conocimientos y relaciones que hayan adquirido precisamente en el desempeño de las funciones, además de que no se trata, en puridad, de secretos empresariales, pues la información utilizada no es realmente secreta, en términos de utilidad y valor que el sujeto en cuestión (la actora) ha conferido a la información en cuestión, desde el punto y hora en que no ha tomado medidas para salvaguardarla o protegerla".

Por último, la reciente sentencia de 3 de septiembre de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100526) a propósito de la cláusula general del art. 4 señala: " El Tribunal de apelación interpretó correctamente el artículo 5 de la Ley 3/1991 , que contiene una llamada cláusula general, prevista - tal como resulta de su preámbulo - para la represión de " la siempre cambiante fenomenología de la competencia desleal". Se trata de un tipo abierto, construido siguiendo el estándar de la buena fe - que, en la redacción de la norma, se impuso a otros términos considerados "sectoriales y de inequívoco sabor corporativo", tales como "la corrección profesional" o "usos honestos en materia comercial e industrial", a los que se refiere el artículo 10 bis, apartado segundo, del Convenio de la Unión de París de 20 de marzo de 1883 -. El artículo 5 permite, en definitiva, calificar como desleales conductas que no estén descritas en los demás preceptos de la Ley 3/1991 , cuando, concurriendo los presupuestos sancionados en los artículos 1 a 4 de la misma, sean contrarias al modelo o estándar en que la buena fe consiste. De acuerdo con el canon hermenéutico de la totalidad la jurisprudencia ha negado que dicho precepto pueda ser utilizado para calificar como desleales conductas que superen el control de legalidad establecido en los preceptos de la propia Ley específicamente redactados para reprimirlas o, a sensu contrario, permitir las. Ese papel supletorio de los demás tipos, en cuanto inapto para garantizar o asegurar una ordenación del juego competitivo acorde con la escala de valores e intereses que ha cristalizado en nuestra constitución económica, no es aquel para el que está destinado al artículo 5 , en un marco jurídico, cierto y efectivo, que busca dar cauce a la cada vez más enérgica y sofisticada lucha concurrencial. Así, la sentencia 635/2009, de 8 de octubre , resumió la doctrina al respecto, recordando -con la 130/2006, de 22 de febrero - que "el artículo 5 de la Ley 3/1991 no puede servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a



acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedir las". La sentencia 4215/2006, de 11 de julio, puso de manifiesto que "es improcedente acudir a la fórmula general del artículo 5 de la Ley de competencia desleal para combatir conductas que están tipificadas en particular en otras disposiciones". La sentencia 1169/2006, de 24 de noviembre, precisó que "esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular". En el mismo sentido son de señalar las sentencias 513/2010, de 23 de julio, 611/2011, de 12 de septiembre, y 75/2012, de 29 de febrero".

6. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso conduce a la desestimación del recurso. En primer lugar porque el análisis de la conducta denunciada por la actora debe realizarse con base en el art. 13 (Violación de secretos) LCD, que establece: " 1. 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. 2. Tendrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo. 3. 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." Y, más concretamente, en base con el nº 1 de este art. 13 LCD con lo que hubiera debido pesar sobre el Sr. Ezequias un deber de reserva.

En este contexto, la información a la que, de manera genérica, se refiere la actora en su demanda (listas de proveedores, de clientes, precios y modo de trabajar de la demandante) no puede considerarse secreto empresarial por cuanto que el Sr. Ezequias tuvo acceso legítimo a la misma sin que pesara sobre él un especial deber de reserva como lo muestra el hecho de que la actora no tomó especiales medidas para salvaguardarla o protegerla. En cualquier caso, no ha de extenderse tal deber de reserva a los conocimientos y relaciones adquiridos en el desempeño de sus funciones, por cuanto que no se trata, en puridad, de secretos empresariales, esto es, la información utilizada no es realmente secreta, en términos de utilidad y valor que la actora ha conferido a la misma, lo que viene corroborado por el hecho de que, como se ha señalado, no adoptó medidas para salvaguardarla o protegerla.

En segundo lugar, y consecuencia de lo anterior, porque no es procedente acudir a la fórmula general del art. 4 LCD para combatir conductas que están tipificadas en particular en otras disposiciones, en el presente caso, en el art. 13 LCD.

TERCERO. 7. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Fox Producciones, S.L. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona de fecha 27 de septiembre de 2013, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso.

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 originales 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.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.