

ANGEL QUEMADA CUATRECASAS		Referencia	32907
Ciente	PHERCAB, S.L.		
Letrado	BORJA SAINZ DE AJA TIRAPU		
Procedimiento	843/09 A JUZGADO DE LO MERCANTIL 2		
Notificación	01/07/2011	Resolución	28/06/2011
Procesal	08/07/2011 FINE PREPARAR RECURSO DE APELACION . Plazo 5 días		

**Juzgado Mercantil 2 Barcelona**  
**Gran Via de les Corts Catalanes, 111**  
**Barcelona Barcelona**

**Procedimiento Procedimiento ordinario 843/2009 Sección A**

Parte demandante PHERCAB, S.L.  
Procurador ANGEL QUEMADA CUATRECASAS  
Parte demandada FABRICABLE, S.L., FIBERKABEL, S.L. y **el DEMANDADO**  
Procurador ANGELA PALAU FAU y MARTA DURBAN PIERA

### SENTENCIA 236/11

En Barcelona a veintiocho de junio de dos mil once.

Vistos por **DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de esta ciudad, los presentes autos de juicio ordinario registrados con el nº 843/2.009, seguidos a instancia de **DON ANGEL QUEMADA**, Procurador de los Tribunales y de **PHERCAB S.L.**, contra **FABRICABLE S.L.**, **FIBERKABEL S.L.**, representados por la Procuradora de los Tribunales Doña **ÁNGELA PALAU FAU**, y contra **EL DEMANDADO**, representado por la Procuradora de los Tribunales **DOÑA MARTA DURBAN PIERA**, sobre competencia desleal.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que por la referida parte actora se dedujo demanda origen de los presentes autos, en base a los hechos y fundamentos de derechos que estimaba de aplicación, suplicando que, se tuviera por presentado dicho escrito con los documentos que acompañaba y previos los trámites legales dictara sentencia por la que se declarara la deslealtad de las conductas que se describen en la demanda, con todos los pronunciamientos inherentes, incluida la condena en costas de la parte demandada.

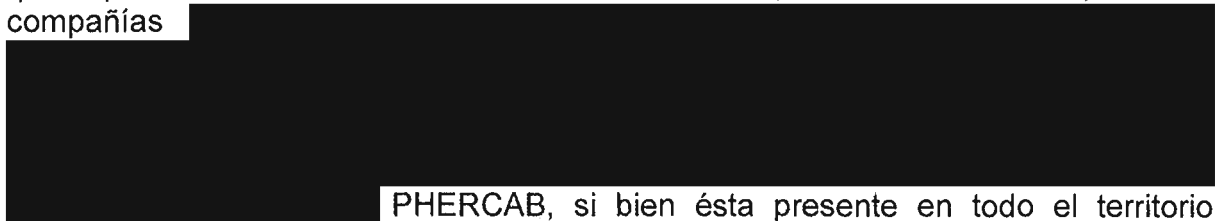
**SEGUNDO.-** Que admitida a trámite la demanda, se dio traslado de ella a la parte demandada, para que en el plazo de veinte días compareciera y contestara a la demanda, lo que así hizo, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, convocándose a ambas partes a la celebración de la audiencia previa, en el que se afirmaron en sus respectivos escritos, solicitando se recibiera el pleito a prueba. Admitida la prueba, se practicó en el acto del juicio con el resultado que obra en autos, concediéndose a las partes el correspondiente traslado para que formularan sus conclusiones sobre los hechos controvertidos y sobre los argumentos jurídicos en apoyo de sus pretensiones, declarándose los autos definitivamente conclusos para sentencia.

**TERCERO.-** Que en la tramitación de este expediente se ha observado todas las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, dado el cúmulo de asuntos que penden sobre este Juzgado.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** Se ejercita por la parte demandante acción de competencia desleal, cuya resolución pasa por fijar los siguientes hechos no controvertidos o que han quedado debidamente acreditados;

1º) Que la demandante PHERCAB S.L. es una entidad constituida en el año 1982 que tiene por actividad la venta de cables especiales para sectores tales como el de las telecomunicaciones, la tecnología de la información, la seguridad, la ingeniería y las infraestructuras. De entre ellos destaca el sector de la seguridad, que representa el 80% de su facturación, contando, entre otros clientes, con las compañías



PHERCAB, si bien ésta presente en todo el territorio nacional, desarrolla su actividad fundamentalmente en la comunidad autónoma de Madrid.

2º) Según resulta del documento nueve de la demanda, que no ha sido rebatido en este aspecto concreto en los escritos de contestación, PHERCAB dispone desde el año 2005 de un sistema informático denominado NAVISION, fabricado por MICROSOFT, en el que almacena toda la información relativa a sus clientes, proveedores y productos. En julio del año 2008 la base de datos de NAVISION contaba con información sobre 2085 clientes y 408 proveedores. Es un hecho no controvertido, que ha sido corroborada, además, por la testigo doña **Ex-Trabajadora**, que sólo cuatro personas, de un total de catorce, disponían de acceso a la base de datos. La propia **Ex-Trabajadora** disponía de clave de acceso hasta que abandonó la compañía en octubre de 2008.

3º) La demandada FABRICABLE S.L., que tiene su domicilio social en Sant Adrià de Besos, también tiene por objeto la fabricación y venta de cables de energía y seguridad. Su principal accionista y administrador único es don **Administrador**. También tiene presencia en todo el territorio nacional, si bien de forma principal en Cataluña. Además de distribuidor, la demandada fabrica sus propios productos a través de la empresa del grupo CEUCABLE S.L., que tiene su sede en Zaragoza.

4º) FIBERKABEL S.L., por su parte, fue constituida el 31 octubre 2008. Tiene por administrador don **Administrador** y no se ha puesto en duda que forme parte del mismo grupo que FABRICABLE. Tiene por objeto social "la fabricación, comercialización, distribución, compraventa, representación, importación y

exportación de todo tipo de material eléctrico" (documentos 28 y 29 de la demanda). La demandada admite en su contestación que se constituyó para ofrecer sus servicios en la zona centro de la península, esto es, en la misma zona donde de manera principal desarrolla su actividad la demandante.

5º) En junio de 2006 PHERCAB contrata como ingeniero de proyectos al demandado don **Demandado** (documento 30 de la demanda). Y por indicación de éste, la actora contrató en octubre de 2006 a doña **Ex-Trabajadora**, que se integró en el área comercial y de gestión de la demandante (documento 33). Como se ha expuesto, la **Ex-Trab.** disponía de clave de acceso a la base de datos NAVISION.

6º) El 20 octubre 2008, Doña **Ex-Trabajadora** presenta al director de recursos humanos de PHERCAB su carta de dimisión (documento 36), abandonando la empresa sin respetar el preaviso legal. Es un hecho no controvertido que dos días después don **Demandado**, tras ser asistido de urgencia en el Complejo Hospitalario de Toledo (documento 8 a 12 de la contestación), causó baja por enfermedad. El 31 octubre de ese mismo año, la demandante despide al Sr. **Demand.**, aviniéndose el demandado a que su despido fuera calificado como objetivo, aceptando una indemnización de 20 días por año trabajado (documento 38 de la demanda).

7º) En febrero de 2009 Doña **Ex-Trabajadora** se incorpora como trabajadora a FIBERKABEL S.L., en tanto que don **Demandado** presta servicios a las codemandadas como trabajador autónomo. Ambos extremos son admitidos en los escritos de contestación.

8º) También es un hecho no controvertido que, desde finales del año 2007, esto es, vigente su relación con PHERCAB, el demandado Don **Demandado** remitió información sobre proveedores, clientes y productos a FABRICABLE. Ello es admitido por esta última entidad en las páginas 22 y 27 de su contestación, y por Don **Demandado** en la página 20 de la suya. También debe tenerse por hecho cierto, por no discutido, que en el trasvase de la información colaboró activamente don **Ex-Trabajador**, que en abril de 2007 se incorporó como comercial a PHERCAB procedente de FABRICABLE. En enero de 2008 (documento 35 de la demanda) abandona voluntariamente la empresa y, tras ofrecerse nuevamente a FABRICABLE, fue recuperado por la demandada para actuar como comercial en la zona de Madrid. Por su relevancia se analizará por separado el alcance de la información proporcionada y su valor.

9º) La actora tuvo conocimiento del trasvase de información propia a un competidor a través de don **Ex-Trabajador**. Éste, tras ser despedido de forma improcedente de FABRICABLE -extremo que corroboró el Sr. **Ex-Trab.** en el acto del juicio-, remitió a PHERCAB los correos electrónicos que se agrupan en el documento dos de la demanda. Tras conocer el contenido dichos correos, la demandante contrató los servicios de la empresa de investigación informática CYBEX, que elaboró el dictamen que se acompaña a la demanda como documento nueve.

**SEGUNDO.-** Al entender de la demandante, la conducta de los demandados, que califica de espionaje comercial, constituye, en primer lugar, un acto de violación de secretos del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal de 1991, vigente al tiempo de interponerse la demanda. Asimismo, la explotación no autorizada de la información y de los recursos de PHERCAB constituye un acto de expolio y aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno incardinarse en la cláusula general del artículo 5 de la citada Ley. Por último también concurriría en el presente caso la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos y el aprovechamiento de tal infracción en beneficio propio regulada en el artículo 14. Por todo ello solicita se condene a los demandados a que cesen en la conducta de comunicar a terceros cualquier información propiedad de la demandante, así como al pago de los daños y perjuicios causados. Subsidiariamente también interesa se publique la sentencia en dos diarios de máxima circulación de la Comunidad de Madrid. A tales pretensiones se oponen los demandados por los hechos y argumentos jurídicos que esgrimen en sus respectivos escritos de contestación.

**TERCERO.-** Sobre el contenido de la información remitida por Don **Demandado** a FABRICABLE, valorando en conjunto los correos que se acompañan a la demanda como documento dos, el informe pericial de CYBEX (documento nueve) y la pericial judicial elaborada por el perito don Eduard Elías Vila (tomos XI y XII), que analizó cinco discos duros de ordenadores de las demandadas, cabe concluir que, al menos desde el mes de noviembre de 2007 y hasta octubre de 2008, las demandadas accedieron a cuanta información consideraron relevante de la base de datos NAVISION. No puede tenerse por acreditado, por el contrario, que la base de datos en su conjunto fuera entregada a las demandadas, dado que la base como tal no ha sido localizada en los discos duros intervenidos por este Juzgado. El hecho de que la información fuera proporcionada por medio de innumerables correos electrónicos, remitidos a lo largo de once meses, avala la conclusión de que no hubo un traspaso en bloque, de un lado, y que el volumen de datos comerciales propiedad de PHERCAB transferidos a las demandadas fue muy elevado, de otro. En correo remitido el 12 enero 2008 (documento 2.6 de la demanda), remitido por el Sr. **Demandado** a tres personas de FABRICABLE, que refiere otro de 29 diciembre 2007, permite ubicar en los últimos meses de dicho año el momento en el que los demandados se ponen en contacto entre sí. La intención de los demandados se desprende del documento 17 descrito en la página 96 del informe CYBEX. Se trata de un documento Word, creado por don **Demandado** el 20 noviembre 2007, denominado "plan de actuación", en el que se describen "las pautas de actuación sobre las cuales se apoyará la consolidación y el desarrollo posterior de una nueva delegación provincial de FABRICABLE en la zona centro de España, concretamente en Madrid", mediante un equipo que estaría integrado por el propio Sr. **Demandado** y Don **Ex-Trabajador**. Es decir, la información remitida tenía por finalidad facilitar la expansión de FABRICABLE en aquella zona del territorio español en donde PHERCAB, para la que trabajaba el Sr. **Demandado**, disponía de mayor cuota de mercado.

**CUARTO.-** De los correos proporcionados por Don **Ex-Trabajador** a PHERCAB (documentos dos de la demanda), se infiere que don **Demandado** dio información a FABRICABLE de los principales clientes y proveedores de la

demandante, como [REDACTED]

Como se reseña en la demanda, mención especial merece el correo 2.10, que es del siguiente tenor; "adjunto os remito los datos de las nueve empresas que ya os comenté el jueves. Espero que sean de utilidad". Adjunta al correo cinco archivos; el primero de ellos, relativo a "análisis de coste", es calificado por don Demandado [REDACTED] como "el más importante, porque contiene todos aquellos datos que nos pueden ayudar a evaluar adecuadamente el terreno para montar el plan de ataque más adecuado posible". Incluye datos sobre todos los materiales "que consumen las empresas", así como los precios unitarios de coste y de venta, lo que permite "hacer una comparación con los precios de FABRICABLE". Asimismo incluye "contactos de empresas", relativos a [REDACTED]

A partir de dicha información, don Demandado [REDACTED] propone que, una vez analizada, "teniendo en cuenta el tipo de empresas que tenemos delante, así como el material que consumen, yo me inclino intentar entrar en cada una de ellas por el tema de alarmas, coax..." También incluye datos de productos y proveedores para aquellos cables de los que no dispusiera FABRICABLE.

**QUINTO.-** El correo que se adjunta como documento 2.8 evidencia la importancia de los datos de PHERCAB a los que accedió FABRICABLE. El correo está fechado el 25 enero 2008 y es remitido por "xxxxxx", de FABRICABLE -al parecer, hijo del administrador de la demandada- a don Ex-Trabajador [REDACTED]. El correo dice; "como te he indicado en el anterior e-mail, estamos introduciendo todos los contactos de Madrid en Navision para empezar a crear campañas y gestionar toda la zona comercial. Con lo que esto implica realizar varias campañas abiertas y la gestión de estas". La tarea comercial a realizar, según añade el remitente, debe partir de la "base de datos inicial de PHERCAB". Es decir, un responsable de FABRICABLE da a entender en dicho correo que dispone de todos los datos incluidos en la base de la demandante de la zona de Madrid. También resulta significativo el correo del 18 marzo 2008 remitido por don Demandado [REDACTED] a varias personas de FABRICABLE (documento 2.15). El demandado adjunta al correo un archivo con las características del "cable eléctrico que [REDACTED] fábrica para [REDACTED] y pregunta a sus locutores si FABRICABLE está en condiciones de fabricarlo.

**SEXTO.-** El informe CIBEX (documento nueve de la demanda), reproduce igualmente los correos electrónicos contenidos en el ordenador portátil del Don Ex-Trabajador [REDACTED] (páginas 36 y siguientes). A partir de la información proporcionada por el proveedor de internet ONO, concluye que el contenido de los mensajes, incluido los datos de remitentes, destinatarios y fecha, es auténtico y que no se aprecia ningún indicio de manipulación (página 38). No se estiman concluyentes, por otro

lado, otros indicios puestos de manifiesto por el informe CYBEX, de los que la demandante deduce la deslealtad de la conducta, como el empleo de sofisticados datos de encriptación, el empleo masivo de dispositivos de USB o DVDs para grabar, la eliminación de archivos o el hecho de que el Sr. Demandado permaneciera en las instalaciones de PHERCAB a la hora del almuerzo en los días laborales.

**SEPTIMO.-** La pericial judicial (tomo XI) corrobora el trasvase masivo de información comercial contenida en la base de datos NAVISION de la demandante. De este modo, el perito Eduard Elias i Vila analizó los cinco discos duros ocupados en las instalaciones de las entidades demandadas el 16 febrero 2010, en el marco de las diligencias de aseguramiento de prueba acordadas por este tribunal. El perito realizó una búsqueda ciega sobre los cinco discos duros, con la finalidad de localizar correos electrónicos "provenientes de cualquier dirección de correo que se pueda relacionar con don Demandado". Se recuperaron 162 mensajes que respondían a los criterios de búsqueda, que se adjuntan como anexo A. "Todos los mensajes apuntados -señala el perito en la página 10 del informe- son de carácter profesional e ilustran las comunicaciones de este carácter entre el Sr. Demandado y el personal de FABRICABLE". A modo de resumen, el perito señala que el contenido de estos mensajes incluye "datos de carácter comercial de múltiples empresas -hasta 306-", que se enumeran en el anexo B. "Para casi todas ellas -añade el perito- incluye datos de contacto, en muchas ocasiones con nombres de personas del área de ventas, y, en algunos casos, con ofertas comerciales y descripciones de productos". Los mensajes también incluyen "ofertas comerciales y presupuestos detallados, elaborados por PHERCAB y presentado por ésta a sus clientes, información sobre clientes morosos de PHERCAB y detallada información de ventas y facturación de PHERCAB" (página 10 del informe).

**OCTAVO.-** De entre los mensajes deben destacarse por su relevancia, el número 1, de fecha 23 octubre 2008, en el que don Demandado remite un archivo "con algunas empresas", indicando que "sería interesante que estuviéramos homologados". Utiliza, por tanto, la primera persona del plural, es decir, como si estuviera integrado en FABRICABLE, cuando todavía por entonces trabajaba para la demandante. Hasta en 97 correos se remiten datos concretos de clientes, productos y precios. El mensaje 65, remitido el 15 junio 2008, contiene una extensísima relación de "contactos" que debían ser visitados por Ex-Tr.or, incluyendo "los nueve que os mandé al principio y que preferiría que Ex-Tr.or no tocara nada". El mensaje 105, de 12 abril 2008, incluye los nuevos datos de y un archivo adjunto de empresas con la referencia de PHERCAB, incluyendo productos y precios. El 12 enero 2008 (mensaje 155) y incluye un fichero con diferentes contactos empresas, diferenciadas en dos grupos; unas, que previamente habían sido contactadas por el propio Sr. Demand., y otras que "las tenía reservadas para hacerla este año, principalmente porque eran interesantes bajo mi punto de vista, por lo que sería bueno intentarlo con ellas".

**NOVENO.-** Los correos también contienen información detallada sobre empresas suministradoras. Así, por ejemplo, el mensaje 107, fechado el 12 abril 2008 y dirigido a tres responsables de FABRICABLE, contiene un archivo muy detallado de

productos, con indicación de fabricantes. Se incluyen datos concretos de ocho empresas suministradoras, indicando personas de contacto. También son numerosos los mensajes con datos sobre productos y los mensajes sobre facturación o previsiones de ventas de PHERCAB (a título de ejemplo, el mensaje 85, de fecha 4 mayo 2008, **Demandado** alude a un archivo denominado "previsión de facturación 2008", que cantidades globales y porcentajes de venta estimadas para dicho ejercicio de clientes de la demandante). En fin, sin necesidad de entrar en mayor detalle, los correos electrónicos acreditan que sólo por dicha vía de comunicación Don **Demandado** proporcionó a FABRICABLE, vigente su relación con PHERCAB, abundante información sobre clientes, con indicación de personas de contacto, productos, precios y proveedores. La información, por otro lado, no era de carácter general, sino específica de cada uno de los clientes, es decir, contenía tipos de productos suministrados a cada cliente y condiciones comerciales que se les aplicaba.

**DECIMO.-** Como se viene exponiendo, la información a la que finalmente tuvieron acceso las empresas demandadas estaba almacenada en la base de datos NAVISION. Doña **Ex-Tr.dora**, amiga personal de Don **Demandado** y que actualmente trabaja para FABRICABLE, confirmó en su declaración como testigo que sólo tres personas de la dirección y ella misma tenían acceso directo al programa NAVISION. Ello no obstante, dado que los datos sobre clientes y productos debían ser utilizados por el conjunto de los empleados de PHERCAB, Don **Demandado** podía tomar conocimiento, siquiera de forma parcial, del contenido de la base de datos. Y no puede descartarse que Doña **Ex-Tr.dora** le facilitara el acceso generalizado a toda la información comercial.

**UNDECIMO.-** Distintos testigos, que no tienen interés en el resultado de este procedimiento, corroboran que el producto que distribuye PHERCAB es muy específico y que los datos comerciales a los que tuvieron acceso las demandadas no son generalmente conocidos en el mercado. Así, don **[REDACTED]**, que trabaja para la empresa de gestión de datos deportivos **[REDACTED]** afirmó que recibió una llamada a finales del año 2008 de un responsable de FABRICABLE, ofreciéndole el tipo de producto que le suministraba PHERCAB (minuto 13 del tercer video). Le sorprendió el contenido de la oferta, por tratarse de un material muy específico (minuto 14). También afirmó que, precisamente por la naturaleza de los productos, no existen precios de referencia. En el mismo sentido se pronunció don **[REDACTED]**, que trabaja para la multinacional **[REDACTED]** que fabrica todo tipo de cables. Su compañía suministra material para las dos partes. Confirmó que PHERCAB adquiere cables especiales "tipo land" o fibra óptica, que tiene gran prestigio en el mercado y que datos tales como la identidad de clientes, el tipo de productos que consumen, los precios o los volúmenes de compra "no es una información conocida" (minuto 23 del tercer video). También don **[REDACTED]**, que provee de material a la demandante, afirmó que PHERCAB adquiere un tipo de producto muy específico y ajustado a cada cliente (minuto 32) y que son desconocidos datos tales como los precios, términos de pago, tipos de producto o volúmenes de venta. De igual modo manifestó que no existen precios de referencia, dado que se negocian individualmente con cada cliente. Las respuestas por escritos de otras empresas del sector fueron en el mismo sentido. En definitiva y como

conclusión, la información comercial proporcionada por don **Demandado** a las demandadas fue muy valiosa, precisamente por distribuir la demandante un producto que se ajusta a las características de cada cliente y con precios que se convienen con cada uno de ellos.

**DECIMOSEGUNDO.**- La parte actora considera que la conducta denunciada infringe, de manera principal, el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal de 1991, vigente al tiempo de interponerse la demanda. Dicho precepto sanciona “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”. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15º, de 1 de diciembre de 2.000, señala que 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. la jurisprudencia menor viene sosteniendo que ese vacío puede integrarse acudiendo 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), que ordena a los Estados miembros 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, en la medida en que (a) 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; (b) que tenga un valor comercial por ser secreta, y (c) que haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

**DECIMOTERCERO.**- Aplicado lo que antecede al presente caso, entiendo que el demandado don **Demandado** incurrió en la conducta tipificada en el artículo 13 de la LCD. No nos hallamos ante la divulgación, sin más, de listados de clientes o proveedores, que no constituyen secreto empresarial (sentencia del Tribunal Supremo de 19 octubre 1999), sino ante el trasvase de información relevante que PHERCAB trató en todo momento de proteger, adaptando para ello las cautelas necesarias. Sólo tres personas de la dirección, además de doña **Ex-T.dora**, disponían de clave de acceso al sistema NAVISION. El resto de trabajadores sólo tenían un acceso parcial al contenido de la base de datos y a través de alguna de las personas a las que la empresa confió el deber de manejar la información comercial. Y si los empleados de la actora sólo podían tener un conocimiento parcial, en función del trabajo que tuvieran encomendado, con mayor motivo la información era

absolutamente reservada hacia el exterior, de tal suerte que los terceros sólo podían disponer de ella por medios ilícitos. Como se ha expuesto en el fundamento de derecho decimoprimer, la información, además de secreta, era muy valiosa desde el punto de vista comercial, por lo que su conocimiento por parte de un tercero le otorgaba importantes ventajas competitivas. Según relataron distintos testigos que participan y conocen el mercado del cable, PHERCAB comercializa productos muy específicos, adaptados a las condiciones propias de cada cliente. No existen precios de referencia para este tipo de productos, sino que se pactan de forma individualizada. Los testigos, en fin, corroboraron que la información sobre clientes, productos y proveedores no es generalmente conocida y que se trata de una información muy valiosa. Y ello por cuanto comprendía datos detallados de tipos de producto, precios y condiciones comerciales, volúmenes de compra, solvencia y todo tipo de circunstancias específicas de cada cliente. La conducta, desde el punto de vista concurrencial, merece singular reproche al haberse prolongado en el tiempo y por llevarse a cabo mientras don [Redacted] Demandante prestaba sus servicios para PHERCAB, estos es, en perjuicio de la empresa a la que debía lealtad y en beneficio de un competidor directo.

**DECIMOTERCERO.-** FABRICABLE S.L. y FIBERKABEL S.L., por su parte, incurrieron en la conducta tipificada en el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal, no en su modalidad básica de inducción a la infracción contractual, sino en el aprovechamiento en beneficio propio de una infracción contractual ajena mediante la explotación de un secreto industrial o empresarial. No se advierte inducción a la infracción contractual por cuanto falta el acto mismo de inducir, que ha de entenderse como la instigación o el hacer surgir en otro, en este caso un trabajador, la determinación de incumplir deberes contractuales (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de enero de 2008). No ha quedado acreditado si fueron las demandadas las que persuadieron a don [Redacted] Demandado a divulgar secretos de PHERCAB o, como parece más probable, si fue el propio Sr. [Redacted] Demandado, con la estrecha colaboración de Don [Redacted] Ex-Trabajador, quien tomó la iniciativa. En cualquier caso, es evidente que las dos demandadas, haciendo uso de la información que les proporcionaba Don [Redacted] Demandado, información secreta obtenida ilícitamente, se aprovecharon en beneficio propio de la infracción contractual de otro. En línea con lo que se expone en el escrito de contestación, el Sr. [Redacted] Demandado vulneró el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores, que establece, como deber básico del trabajador, la prohibición de prestar servicios para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 13 enero 2009, en un supuesto análogo al enjuiciado, sancionó al autor de la divulgación por la vía del artículo 13 de la LCD y al tercero que se benefició de la información por la del artículo 14.2º.

**DECIMOCUARTO.-** Declarado que la conducta de los demandados tiene acomodo en los artículos 13 y 14 de la Ley de Competencia Desleal, debe descartarse la aplicación del tipo genérico del artículo 5, que reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Dicho precepto actúa como cláusula cierre del sistema, por lo que sólo cabe recurrir a él cuando la conducta desleal que se denuncia no pueda ser subsumida en algún tipo concreto. Así lo tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de

septiembre de 2006 y 14 de marzo de 2007), que señala que el artículo 5 no contempla una norma integrativa o complementaria de la ilicitud de los actos descritos en los artículos posteriores, pues la llamada "cláusula general" trata de prohibir todas aquellas actuaciones que, concurriendo los requisitos del artículo 2 (acto realizado en el mercado con fines concurrenciales), no encuentren acomodo en los supuestos que expresamente se tipifican en los artículos 6 a 17 de la propia Ley 3/1991.

**DECIMOQUINTO.**- Declarada la deslealtad en la que han incurrido los demandados, la parte actora solicita se les prohíba a los demandados comunicar a terceros cualquier información propiedad de PHERCAB u obtenida ilícitamente, pretensión que debe ser acogida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.2º de la Ley de Competencia Desleal. Asimismo la demandante promueve la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto del apartado quinto del artículo 18 y la acción de enriquecimiento injusto del apartado sexto. Alega la demandante un daño real y efectivo que no necesita demostración, toda vez que se deriva de la esencia misma de la conducta desleal de los demandados, todo ello de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo sentada, entre otras sentencias, en las que 29 octubre 2004 y 21 de junio de 2006. Pues bien, la cuestión de la prueba de la existencia de daños y perjuicios como requisito para la prosperabilidad de la pretensión indemnizatoria en el caso de las infracciones marcarias, de patentes o competencia desleal no puede considerarse pacífica. La línea jurisprudencial mayoritaria se ha decantado por la necesidad de probar la efectiva existencia de daños y perjuicios causados al titular de la marca por el infractor (Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2004, 23 de marzo de 2007 y 21 de mayo de 2008), si bien en otras sentencias el Tribunal Supremo ha aplicado, en mayor o menor medida, la doctrina "ex re ipsa", considerando que raramente podrá darse una infracción que ningún beneficio reporte al infractor, o ningún perjuicio cause al demandado interesado en que cese la ilicitud, y que es innecesaria la prueba de los datos de hecho que ineluctablemente derivan de la infracción (Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1008, 10 de octubre de 2001, 3 de febrero, 29 de octubre y 13 de diciembre de 2004, 23 de mayo y 1 de julio de 2.005). Recientemente, la STS 17 de julio de 2008 ha recordado que en materia de resarcimiento de daños y perjuicios, éstos "no se presumen sino que deben acreditarse por quien los reclama, tanto la existencia como su importe", aunque en algún caso excepcional puede presumirse la existencia del daño "cuando se produce una situación en que los daños y perjuicios se revelan como reales y efectivos. Se trata de supuestos en que la existencia del daño se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas. Se produce una situación en que "habla la cosa misma" ("ex re ipsa"), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella. Entre otras numerosas Sentencias se pueden citar las de 25 de febrero y 19 de junio de 2.000, 29 de marzo de 2.001 y 23 de marzo de 2.007". Entiendo, sin embargo, que dicha doctrina no puede generalizarse en todo caso de competencia desleal y mucho menos en los de revelación de secretos, dado que no puede admitirse que en cualquier supuesto del artículo 13 se desprende inexorablemente un daño efectivo para el titular de los secretos.

**DECIMOSEXTO.**- En cuanto al resarcimiento de daños, la parte actora reclama, primer lugar, el coste salarial y de Seguridad Social de doña **Ex-Trabajadora** y del demandado don **Demandado**, durante el periodo comprendido entre diciembre de 2007 y octubre de 2008. Pues bien, deben descartarse los costes relacionados con la primera, dado que ni ha sido demandada ni se ha tenido por acreditado que fuera la Sra. **Ex-T.** la fuente de la información, aunque no se descarte. Y por lo que se refiere a los costes de don **Demandado**, que en total ascienden a 44.834,68 euros, entiendo que sólo pueden considerarse como daño resarcible el 50% de dicha cantidad (22.417,34 euros). Debe tenerse en cuenta, de un lado, que el demandado dedicó una parte no determinada de su tiempo a beneficiar a un competidor, causando un perjuicio cierto a la empresa para la que trabajaba. Es evidente que, de haber conocido PHERCAB la conducta desleal del demandado, habría rescindido la relación laboral, ahorrándose los costes salariales. Ahora bien, por otro lado, no parece que el demandado dedicara todo su tiempo a favorecer a FABRICABLE o, lo que es lo mismo, es lógico presumir que también prestó servicios de los que se aprovechó la actora. Y como no es posible determinar en qué medida trabajó para la actora y para la demandada, el coste debe repartirse por mitad. De aquella cantidad deberán responder solidariamente FABRICABLE y Don **Demandado**, y no así la codemandada FIBERKABEL, que no inició su actividad hasta el año 2009.

**DECIMOSÉPTIMO.**- La parte actora aporta como documento 14 un informe pericial elaborado por los peritos don Francisco Prada y don Rafael Muncharaz, que también contemplan como daño indemnizable 2.932 euros en concepto de "costes directos sufridos por PHERCAB relativos a la preparación de la demanda por parte de sus empleados" (página 24 del informe). Incluye las horas dedicadas por el gerente y el responsable de sistemas tecnológicos de la demandante en la obtención de medios probatorios, provisión de información para la relación de demanda, la elaboración del informe pericial informático y de la pericial económica. El informe fija en 160 horas las dedicadas a tal fin y, en consecuencia, que no destinaron a desarrollar a su actividad ordinaria. Y este tribunal estima ajustada, por comedida, la cantidad reclamada en tal concepto. Debe recordarse que los gastos de investigación de la actividad infractora ya están contemplados como cuantía indemnizable en el artículo 43 de la vigente Ley de Marcas. Se trata de un gasto cierto directamente imputable a la conducta dolosa de los demandados, por lo que deberán responder solidariamente del pago de aquella suma.

**DECIMOCTAVO.**- También apoyándose en los criterios de los peritos don Francisco Prada y don Rafael Muncharaz la parte actora reclama como lucro cesante o ganancia dejada de obtener las siguientes cantidades; 23.261 euros por pérdida de facturación respecto de los llamados "clientes afectados" en el ejercicio 2008, 66.529 euros en el ejercicio 2009 y 154.089 euros por el menor margen comercial "para reaccionar comercialmente al ataque de los demandados y evitar la pérdida de clientes". En la página 11 del informe pericial enumera 21 clientes de la demandante en los que se ha apreciado una drástica reducción de facturación, que podría atribuirse a la actuación desleal de los demandados. Para el cálculo de lucro cesante ocasionado en el ejercicio 2008 (páginas 14 y siguientes), los peritos

calculan, en primer lugar, la pérdida de facturación global (6%) y de beneficios, y, en segundo lugar, la reducción de facturación de los clientes afectados, que asciende al 17%. Con buen criterio los peritos concluyen que dichos clientes deberían haber tenido un comportamiento similar al del resto de clientes, esto es, el informe pericial, para determinar el lucro cesante, toma en consideración circunstancias ajenas a la actuación de los demandados, como la situación de crisis o la evolución del coste de las materias primas -la parte demandada ha puesto el acento en las oscilaciones del cobre-. A partir de sus datos los peritos crean una cuenta de pérdidas y ganancias estimada para el ejercicio 2008 y concluye que la ganancia dejada de obtener asciende a 23.261 euros. Para calcular el lucro cesante ocasionado en el ejercicio 2009, los peritos siguen una sistemática similar partiendo que la reducción global en la facturación asciende al 45% y la de los "clientes afectados" al 95%, concluyendo que la ganancia dejada de obtener durante ese ejercicio ascendió a 66.529 euros.

**DECIMONOVENO.**- Este tribunal, valorando el informe pericial de la demandante de acuerdo con las reglas de la sana crítica (348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), estima correcto el método o el sistema empleado por los peritos con una matización muy relevante puesta de manifiesto por el perito de la demandada don Luis Guerra Vilella, que elaboró dos informes aportados antes de la audiencia previa (tomo VIII). En efecto, para determinar la ganancia dejada de obtener como consecuencia de la actuación ilícita de los demandados, no basta con determinar la pérdida de facturación de PHERCAB. Para que exista la necesaria relación de causalidad entre dicha pérdida de facturación y la conducta desleal debe tomarse en consideración, a partir de los clientes afectados, aquellos que han pasado a formar parte de la cartera de clientes de FABRICABLE S.L. y el volumen total de facturación. En la página 30 del informe pericial de FABRICABLE se señala la facturación por parte de dicha entidad a los clientes afectados en el ejercicio 2008 (123.752,57 euros) y en el ejercicio 2009 (147.911,36 euros). Y del total de los clientes debe realizarse una segunda discriminación, pues también habrá que descartar la facturación de aquellos clientes que ya lo eran de FABRICABLE y los que no han facturado ninguna cantidad en el período analizado. En la página 31 del informe se agrupan los clientes de la demandada en seis segmentos, detallándose en las páginas siguientes la facturación de cada uno de ellos. En este sentido, la facturación total de clientes de PHERCAB que han pasado a serlo también de FABRICABLE asciende a 177.939 euros. Y en esa misma cantidad debe fijarse la pérdida de facturación de PHERCAB, de tal suerte que, en ejecución de sentencia, con el límite máximo de la cantidad reclamada por la demandante en concepto de lucro cesante, habrá que partir de la cantidad de 177.939 euros y aplicar el mismo porcentaje contemplado en la pericial de la demandante para obtener el beneficio dejado de obtener -también se obtiene a partir de la cantidad estimada de pérdida de facturación-. Al pago de la cantidad resultante deberán ser condenados de forma solidaria don XXXXXXXXXX Demandado y FABRICABLE S.L.

**VIGÉSIMO.**- La misma operación aritmética debe realizarse en relación con los clientes ganados de forma ilícita por FIBERKABEL S.L., que facturaron a la demandada la cantidad total de 13.573,67 euros, según resulta del informe pericial de dicha parte apartado también antes de la audiencia previa. En esa suma debe establecerse la pérdida de facturación, a partir de la cual se aplicará el mismo

porcentaje contemplado en la pericial de la demandante para obtener el beneficio dejado de obtener. Al pago de la cantidad resultante deberán ser condenados de forma solidaria don **Demandado** y FIBERKABEL S.L. Debe rechazarse de plano, por el contrario, la cantidad de 154.089 euros "por el menor margen comercial" al que se habría visto obligada a aplicar la actora "para reaccionar comercialmente al ataque de los demandados y evitar la pérdida mayor de clientes". El informe pericial de la demandante (página 29) dedica apenas tres líneas en sus conclusiones para fijar en un 8,47% el descenso en el margen de beneficio, que aplica además a la totalidad de la facturación, con un factor de corrección del 25% "debido a la tendencia general de la bajada de los precios para combatir la crisis". Dicha conclusión se desarrolla escasamente en la página 21. El perito de la demandada, por su parte, critica severamente la metodología aplicada (página 59 y siguientes del informe del Sr. Guerra), critica que este tribunal comparte, dado que el perito de la actora no justifica suficientemente el porqué de la reducción del margen y su cuantificación. El menor margen de beneficio puede obedecer a otras causas, como la situación general de crisis, la oscilación del precio del cobre o el aumento de otros costes de producción. Al entender este tribunal, la demandante no ha acreditado que cualquier descenso en el margen de beneficio o, en definitiva, en el resultado positivo de cada uno de los ejercicios, se debiera a la necesidad de ajustar sus precios por la competencia desleal de las demandadas. Ninguno de los clientes afectados ha corroborado que los precios que le aplicaba la demandante se vieran rebajados por la competencia directa de las demandadas. En definitiva, no puede acogerse la pretensión indemnizatoria que la demandante liga al descenso del margen.

**VIGESIMOPRIMERO.**- Por lo que se refiere a la acción de enriquecimiento injusto, el artículo 18.6º de la Ley de Competencia Desleal dispone que "sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico". La acción, por tanto, puede ejercerse de forma cumulativa a la de resarcimiento de daños, siempre que, como se ha expuesto, el acto lesione un derecho de exclusiva u "otro de análogo contenido económico". Dentro de esta segunda categoría la doctrina suele incluir el uso de signos distintivos no registrados, algunos supuestos de aprovechamiento del esfuerzo ajeno y los secretos empresariales. En definitiva se entiende que el secreto comercial o empresarial forma parte del patrimonio del empresario, que es a quien corresponde explotarlo de forma exclusiva. Son requisitos necesarios, en primer lugar, un enriquecimiento del demandado, entendido como una ventaja, provecho o aumento de su patrimonio. En segundo lugar, un empobrecimiento del demandante por la salida de bienes o derechos o la pérdida de ingresos o beneficio esperable consecuencia del acto desleal. Y, por último, es necesario que el enriquecimiento y el empobrecimiento estén causalmente ligados (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1988).

**VIGESIMOTERCERO.**- En definitiva, dado que a los demandados se les condena por revelar secretos empresariales o por aprovecharse de la revelación, la parte actora está legitimada para ejercitar la acción de enriquecimiento injusto. El informe pericial de la demandante (documento 14 de la demandante, páginas 25 y siguientes) equipara el enriquecimiento injusto con el valor de la información

comercial contenida en la base de datos, toda vez que, según se relata en la demanda, la demandada se ha beneficiado al ahorrarse el coste de elaboración o adquisición de la base de datos. La lista de clientes, proveedores y demás información comercial constituye un activo intangible de muy difícil valoración. El método empleado por los peritos de la demandante, al entender de este tribunal, es correcto. A partir de una oferta realizada el 6 de julio de 2005 por CAE GROUP para la adquisición del 60% de PHERCAB, por importe de 1.300.000 euros, se valora el 100% de las participaciones en 2.166.666,66 euros. A partir de dicha cantidad, deducidos los fondos propios al cierre del ejercicio 2004, el valor de las existencias y el importe de caja, entienden los peritos que el peso de la información comercial dentro del valor del fondo de comercio es del 30% -el informe incurre un error material en el porcentaje que fue subsanado-, pues existen otros intangibles como la marca, el capital humano y las relaciones con clientes. En definitiva, los peritos cuantifican en 353.459,67 el valor razonable de la información comercial de PHERCAB. Como se ha indicado, este tribunal entiende acertado el método y ajustada la valoración, que representa un 30% del fondo de comercio. Se rechaza el método propuesto por el perito Sr. Guerra, que se basa en un criterio incierto de rentabilidades futuras y que da lugar a una cantidad -23.290,28 euros- ridícula, atendido la declaración de los testigos y el hecho no controvertido de que la base contenía datos de más de 2800 clientes y cerca de 500 proveedores.

**VIGESIMOCUARTO.-** Ahora bien, partiendo del valor del intangible (353.459,67 euros), deben efectuarse dos correcciones estimativas. De un lado, debe aplicarse una primera reducción del 25%, pues ha quedado acreditado que no se transfirió la base de datos en su conjunto, sino una parte sustancial. De otro lado, el beneficio injusto obtenido por las sociedades demandadas no comporta un empobrecimiento correlativo del patrimonio de PHERCAB. La explotación ilícita de un secreto empresarial ajeno no priva de todo valor a la información amparada por el secreto. Sólo se desmerece en parte, esto es, en la medida en que la información apropiada resulta provechosa para el infractor. Las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1985 y 19 de abril de 1990 señalan expresamente que "aun cuando el demandado se haya enriquecido sin causa no podrá aquél (el actor) reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento". Y este tribunal entiende ajustado una segunda reducción por tal concepto de otro 25%. Por todo ello, las sociedades demandadas, beneficiarias del enriquecimiento (artículo 20 de la LCD), deberán abonar a la demandante de forma solidaria 176.729,98 euros.

**VIGESIMOSEXTO.-** En cuanto a las costas, dado que la demanda se estima sólo parcialmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es procedente hacer pronunciamiento alguno.

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

**FALLO**

Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por DON ANGEL QUEMADA, Procurador de los Tribunales y de PHERCAB S.L., contra FABRICABLE S.L., FIBERKABEL S.L., representados por la Procuradora de los Tribunales Doña ÁNGELA PALAU FAU, y contra DON [REDACTED] **DEMANDADO** [REDACTED], representado por la Procuradora de los Tribunales DOÑA MARTA DURBAN PIËRA, debo acordar y acuerdo;

1º) Declarar que los demandados han incurrido en actos de competencia desleal-

2º) Prohibir a los demandados que comuniquen a terceros cualquier información propiedad de PHERCAB S.L. obtenida ilícitamente

3º) Condenar a FABRICABLE S.L. y a Don [REDACTED] Demandado al pago de 22.417,34 en concepto de daño emergente.

4º) Condenar a FABRICABLE S.L., FIBERKABEL S.L. y a Don [REDACTED] Demandado a que solidariamente paguen a la demandante 2.932 euros en concepto de daño emergente.

5º) Condenar a FABRICABLE S.L. y a Don [REDACTED] Demandado a que solidariamente paguen a la demandante, en concepto de lucro cesante, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia de acuerdo con los parámetros que se determinan en el fundamento de derecho decimonoveno.

6º) Condenar a FIBERKABEL S.L. y a Don [REDACTED] Demandado a que solidariamente paguen a la demandante, en concepto de lucro cesante, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia de acuerdo con los parámetros que se determinan en el fundamento de derecho decimonoveno.

7º) Condenar a FABRICABLE S.L. y a FIBERKABEL S.L. a que, en concepto de enriquecimiento injusto, paguen de forma solidaria a la demandante 176.729,88 euros.

8º) No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación en el plazo de cinco días ante este Juzgado y para la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona.

Conforme a lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ conforme a la redacción dada mediante L.O. 1/2009 será necesaria la constitución de un depósito para recurrir mediante ingreso en la Cuenta de depósitos y Consignaciones de este Juzgado nº 2240 0000 02 0843 09 (50 euros para el caso de recurso de apelación). Indicando que se hace en concepto de depósito para recurrir.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACION.**- La sentencia que antecede ha sido firmada y publicada por el Magistrado-Juez que la suscribe, de lo que doy fe.