



Roj: STS 2885/2008  
Id Cendoj: 28079120012008100296  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1467/2007  
Nº de Resolución: 285/2008  
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
Ponente: FRANCISCO MONTERDE FERRER  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Mayo de dos mil ocho.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 1467/2007, interpuesto por la representación procesal de D. Luis Carlos y la COMPAÑÍA MERCANTIL INDUSTRIAS DE FIJACIÓN TÉCNICA, S.A., contra la sentencia dictada el 2 de febrero de 2007 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, en el Rollo 20/05, correspondiente al PA nº 44/2004 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Granada, que absolvió a los acusados recurridos, D. Lázaro y D. Baltasar, de un delito relativo al **mercado** y a los consumidores, y una falta de apropiación indebida, habiendo sido parte en el presente procedimiento como recurrentes, la acusadora particular, COMPAÑÍA MERCANTIL INDUSTRIAS DE FIJACIÓN TÉCNICA, S.A., representada por el Procurador D. Miguel Ángel Castillo Sánchez, y el acusado D. Luis Carlos, representado por el Procurador D. Luis María Carreras de Egaña; como parte recurrida el Procurador D. Luis Carreras de Egaña, en nombre del acusado D. Lázaro; y el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

## I. ANTECEDENTES

1º.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de Granada incoó Procedimiento Abreviado con el nº 44/2004, en cuya causa la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 2-2-07, que contenía el siguiente Fallo:

"Que debemos absolver, y así lo hacemos, a D. Luis Carlos, D. Lázaro y D. Baltasar del delito de injurias que les atribuía la acusación particular ejercida por "INDUSTRIAS DE FIJACIÓN TÉCNICA, S.A.", al haber retirado esta parte los cargos en el trámite de conclusiones definitivas.

Asimismo debemos absolver y absolvemos a D. Baltasar y a D. Lázaro del delito relativo al **mercado** y a los consumidores y del delito de apropiación indebida de que venían acusados, sin perjuicio de condenar al último de ellos como autor de una falta de apropiación indebida en los términos que ahora se dirán, como igualmente absolvemos a D. Luis Carlos del delito de apropiación indebida de que venía acusado, sin perjuicio de condenarlo como autor de la indicada falta.

Condenamos al acusado D. Luis Carlos como autor de un DELITO CONTRA EL **MERCADO** Y LOS CONSUMIDORES, ya descrito, del art. 279.2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL COMERCIO A TÍTULO PERSONAL O COMO GERENTE O ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL durante el tiempo de la condena, y MULTA DE DOCE MESES A RAZÓN DE UNA CUOTA DIARIA DE DOCE EUROS, que deberá hacer efectiva por meses cumplidos, y cuyo impago le reportaría una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

Y condenamos a los acusados D. Luis Carlos y D. Lázaro, como autores de una FALTA DE APROPIACIÓN INDEBIDA, a la pena de MULTA DE UN MES A RAZÓN DE UNA CUOTA DIARIA DE DOCE EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas; a que restituyan a INDUSTRIAS DE FIJACIÓN TÉCNICA, S.A." los elementos documentales

propiedad de ésta que fueron intervenidos en la sede de "Wakler Chemical España, S.L." y a que borren de los sistemas informáticos de esta sociedad cuantos archivos pertenezcan a la primera.

Imponemos a los condenados las costas procesales causadas por el enjuiciamiento de las infracciones por las que se les condenan, sin incluir las correspondientes a la acusación particular, y declaramos de oficio las restantes costas".

2º.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes Hechos:

"Son HECHOS PROBADOS, y así expresamente se declara, que los acusados D. Luis Carlos , D. Lázaro y D. Baltasar , sin antecedentes penales, eran empleados de la empresa "Industrias de Fijación Técnica, S.A." -denominada en su entorno simplemente como "Técnica"-, dedicada al suministro y distribución de repuestos de maquinaria industrial y automoción, herramientas, utillaje diverso y demás productos y accesorios derivados, con las respectivas categorías de Director Comercial, Jefe de Producto y Responsable de Compras, cuyas relaciones laborales se extinguieron en fechas 31 de octubre de 2.001, 25 de abril de 2.002 y 26 de marzo de 2.002, según el orden en que se les ha citado. Y como quiera que los dos primeros abrigaban la idea de instalarse por su cuenta, recopilaron datos comerciales de "Técnica", tanto en papel como en ficheros informáticos a los que tenían acceso en el ejercicio de sus funciones propias, con objeto de servirse de ellos a través de la empresa que constituyeran, y que aprovecharía aquella información para instalarse con fuerza en el **mercado**, en clara competencia con "Técnica". Los datos comerciales en cuestión comprendían la catalogación de los productos de "I.F. Técnica, S.A.", su descripción gráfica, precios de adquisición y venta al público, listado de proveedores y clientes, y, en general, un conjunto de información de gran utilidad para el desarrollo de la nueva actividad empresarial, que nacería así perfectamente situada en el sector, considerando, además, que varios vendedores de "Técnica" pasaron a "Wakler" a invitación de sus fundadores, aportando a esta nueva sociedad su conocimiento del **mercado** respecto de las distintas zonas en las que habían venido operando anteriormente.

D. Luis Carlos se hallaba obligado con "Técnica" por un pacto de no competencia durante dos años a contar de la fecha en que se extinguiera su relación laboral, bajo la responsabilidad de indemnizar en otro caso a dicha empresa con una determinada cantidad, actualizable anualmente. Pese a ello, dicho acusado y D. Lázaro constituyeron el día 8 de mayo de 2.002 la mercantil "Wakler Chemical España, S.L.", suscribiendo su capital social de 36.000 euros por iguales partes, y en apenas un mes comenzaron a operar en el **mercado**.

No consta que el también acusado D. Baltasar llegara a integrarse en la actividad comercial de "Wakler", ni que el mismo día que cesaba su relación laboral con "Técnica" intentara extraer de ésta a través del correo electrónico un listado completo de los productos que la misma ofertaba y sus precios.

El volumen de negocios de "Técnica" descendió notablemente durante el año 2.002, aunque las causas de ello no han quedado bien esclarecidas"

3º.- Notificada la sentencia a las partes, la representación de la acusación particular, INDUSTRIAS DE FIJACIÓN TÉCNICA, S.A., y del condenado, D. Luis Carlos , anunciaron su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por providencia de 23-5-07, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4º.- Por medio de escritos, que tuvieron entrada en la Secretaría de este Tribunal en 14 y 19-6-07, los Procuradores Sres. Castillo Sánchez y Carreras de Egaña, en nombre, respectivamente, de la acusadora particular y del acusado, se interpusieron los anunciados recursos de casación articulados en los siguientes motivos:

D. Luis Carlos :

Primero, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr. por aplicación indebida del art. 279.2 CP.

Segundo, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr. por aplicación indebida del art. 623.4 CP, dada la prescripción de dicha falta.

Tercero, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr. por aplicación indebida del art. 623.4 CP, e infracción del art. 8 CP y del principio non bis in idem.

INDUSTRIAS DE FIJACION TECNICA, S.A.:

Primero, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr. por inaplicación indebida del art. 279.2 CP, respecto del absuelto Lázaro .

Segundo, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr. por inaplicación indebida del art. 278.1 CP, respecto del absuelto Lázaro .

Tercero, por error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador.

Cuarto, por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECr., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

5º.- La representación procesal del acusado recurrido, D. Lázaro , y el Ministerio Fiscal por medio de escrito fechado el 8-10-07, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, interesaron, la inadmisión de todos los motivos de los recursos formulados de contrario que, subsidiariamente, impugnaron. Por su parte, el Ministerio Fiscal, mediante escrito de 20-10-07, interesó la inadmisión y en su caso desestimación de todos los motivos del recurso de la acusación particular, y el primero del condenado, apoyando el segundo y el tercero del mismo.

6º.- Por providencia de 28 de abril de 2008 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para deliberación y fallo del recurso el pasado día 6-5-08, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisivo que a continuación se expresa.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE D. Luis Carlos :

PRIMERO.- El primer motivo se articula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr. por aplicación indebida del art. 279.2 CP.

1. La primera crítica del recurrente se refiere a que la sentencia de instancia se haya excedido de la obligación que la sentencia anulatoria impuso, de motivar y acreditar la calidad del tratamiento dado al cuadro probatorio, habiéndose añadido en los hechos probados: "considerando además, que varios vendedores de "Técnica" pasaron a Wakler a invitación de sus fundadores, aportando a esta nueva sociedad su conocimiento del **mercado** respecto de las distintas zonas en las que había venido operando anteriormente".

Igualmente, se alega que no se dan los elementos del tipo del 279.2, pues no se ha acreditado que usara el acusado en provecho propio ninguna información de la empresa que pudiera considerarse secreta. No cumple las exigencias del tipo la "recopilación" de información de que se habla. El listado de clientes no es secreto empresarial. No existe alusión alguna a la actuación de la empresa para mantener la privacidad o el carácter reservado de la empresa, ni cómo podía perjudicar a la misma el empleo de la información por los acusados.

También se señala que como delito especial propio se ha realizado una interpretación extensiva del tipo ya que, no obstante haber sido despedido en octubre de 2001, el pacto de no competencia postcontractual durante dos años, se ha entendido como un deber de reserva extensible a esos dos años.

Se añade, también, que ha de entenderse acreditado y formar parte de los hechos probados, lo que consta en la sentencia de la Sala de los Social del TSJ de Andalucía de fecha 10-11-04:

a) Que el Sr. Luis Carlos fue despedido por Técnica en fecha 1-10-01, despido que fue declarado improcedente.

b) Una vez despedido el Sr. Luis Carlos no constituyó una nueva empresa, sino que se dedicó a un sector totalmente distinto.

c) En cuanto a la cláusula de no competencia, hubo un cruce de comunicaciones y entre ellas la que el acusado dirigió a la empresa señalando que entendía que aquella renunciaba al pacto de no competencia ya que no abonaban la indemnización prevista en el contrato de trabajo.

d) La sentencia del Juzgado social nº 5 de Granada desestimó la pretensión de la demandante, pero fue estimado el recurso de suplicación por el TSJ de Andalucía condenando al acusado a abonar a la empresa 70.869#35 euros, en sentencia que se encuentra recurrida en casación.

e) Que a la vista de todo ello el ahora recurrente no actuó con dolo, concurriendo error de tipo, constituyendo la nueva empresa en el convencimiento de que había sido anulada la cláusula de no competencia postcontractual.

2. El art. 279 CP castiga, en su tipo básico, la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva. Y, en su tipo privilegiado, a quien utilice el secreto en provecho propio.

Realmente, el elemento nuclear de este delito -como también del previsto en el art. 278 CP - es el "secreto de empresa". No define el CP qué debemos entender por tal, seguramente por tratarse de un concepto lábil, dinámico, no constreñible en un "numerus clausus". Por ello, habremos de ir a una concepción funcional-práctica, debiendo considerar secretos de empresa los propios de la actividad empresarial, que de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva.

Así serán notas características:

- la confidencialidad (pues se quiere mantener bajo reserva),
- la exclusividad (en cuanto propio de una empresa),
- el valor económico (ventaja o rentabilidad económica),
- licitud (la actividad ha de ser legal para su protección).

Su fundamento se encuentra en la lealtad que deben guardar quienes conozcan el secreto, por su relación legal o contractual con la empresa, ya que el bien específicamente tutelado consistirá en la competencia leal entre las empresas.

Y su contenido suele entenderse integrado, por los secretos de naturaleza técnico industrial (objeto o giro de empresa); los de orden comercial (como clientela, o marketing) y los organizativos (como las cuestiones laborales, de funcionamiento y planes de la empresa).

Su materialización puede producirse en todo género de soporte, tanto papel como electrónico, y tanto en original como copia, y aún por comunicación verbal. Y cabe incluir tanto cifras, como listados, partidas contables, organigramas, planos, memorandums internos, etc.

En cuanto a la duración temporal de la obligación de guardar secreto se habrá de estar a la fuente del deber de reserva, esto es, a la norma o al contrato, según los casos.

El Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo, que aprobó el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, dispone en su art. 5 que son deberes laborales del trabajador:

d) No concurrir con la actividad de la empresa en los términos fijados en esta Ley; precisando el art. 21.2 que el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.

Por otra parte, la vulneración del secreto de empresa supone un comportamiento desleal previsto en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Así, su artículo 13 señala que: "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".

De modo que, según el art. 18 del mismo texto, "contra el acto de competencia desleal podrán ejercitarse las siguientes acciones:

- 1ª) Acción declarativa de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste.
- 2ª) Acción de cesación del acto, o de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica.
- 3ª) Acción de remoción de los efectos producidos por el acto.
- 4ª) Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
- 5ª) Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia.
- 6ª) Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico".



Precisando su artículo 22 que "Los procesos en materia de competencia desleal se tramitarán con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio ordinario".

Por lo tanto, sin perjuicio de tales acciones ejercitables ante la jurisdicción civil, el castigo penal está previsto para todos los que entran en contacto con los secretos de la empresa, y faltan a su obligación de reserva y lealtad.

La responsabilidad penal abarca, pues, a quienes se les exige expresamente (administradores, ex art. 127.2 LSA y 61.2 LRL), al resto de empleados de la empresa que conozcan por razón de sus funciones tales secretos, a trabajadores de otras empresas que se relacionen con la titular de los secretos (de seguridad, proveedoras, etc.), y a los terceros que los hayan conocido a causa de razones legales (como, por ejemplo, funcionarios). Y como "delito especial propio", sólo pueden cometerlo el círculo de personas indicadas, respondiendo, en su caso el "extraneus", como cooperador (inductor, cooperador necesario, cómplice) según en qué haya consistido su participación.

3. En el caso que nos ocupa, el factum -al que necesariamente hay que atenerse en el cauce casacional emprendido- describe con claridad que: "el acusado ahora recurrente, empleado de la empresa "Industrias de Fijación Técnica, S.A.", dedicada al suministro y distribución de repuestos de maquinaria industrial y automoción, herramientas, utillaje diverso y demás productos y accesorios derivados, con la categoría de Director Comercial, cuyas relaciones laborales se extinguieron en 31-10-2001... abrigando la idea -junto con otros dos acusados- de instalarse por su cuenta, recopiló datos comerciales de la empresa, tanto en papel como en ficheros informáticos a los que tenía acceso en el ejercicio de su funciones propias, con objeto de servirse de ellos a través de la empresa que constituyeran, y que aprovecharía aquella información para instalarse con fuerza en el **mercado**, en clara competencia con "Técnica".

Y sigue declarándose probado que: "Los datos comerciales en cuestión comprendían la catalogación de los productos de I. F. Técnica, S.A., su descripción gráfica, precios de adquisición y venta al público, listado de proveedores y clientes, y, en general, un conjunto de información de gran utilidad para el desarrollo de la nueva actividad empresarial, que nacería así perfectamente situada en el sector, considerando además, que varios vendedores de Técnica, pasaron a Wakler a invitación de sus fundadores, aportando a esta nueva sociedad su conocimiento el **mercado** respecto de las distintas zonas en las que habían venido operando anteriormente".

Finalmente, se precisa que: "D. Luis Carlos se hallaba obligado con Técnica por un pacto de no competencia durante dos años, a contar de la fecha en que se extinguiera su relación laboral, bajo la responsabilidad de indemnizar en otro caso a dicha empresa con una determinada cantidad, actualizable anualmente".

Y se concreta -a efectos de aplicación del subtipo atenuado- que: "pese a ello, dicho acusado y D. Lázaro constituyeron el día 8 de mayo de 2002 la mercantil Wakler Chemical España, S.L... y en apenas un mes comenzaron a operar en el **mercado**... El volumen de negocio de Técnica descendió notablemente durante el año 2002, aunque las causas de ello no han quedado bien esclarecidas".

4. A la vista de ello, los diversos aspectos del motivo no pueden prosperar. En primer lugar, el añadido que se reprocha de que, excediendo los límites señalados por nuestra STS nº 1139/2006, de 21 de noviembre, se haya adicionado en la nueva sentencia la consideración de que "varios vendedores de Técnica, pasaron a Wakler a invitación de sus fundadores, aportando a esta nueva sociedad su conocimiento el **mercado** respecto de las distintas zonas en las que habían venido operando anteriormente", ni encaja en el motivo, ni tiene trascendencia en el contexto del factum, ni en las consecuencias derivadas a los efectos de atribución del delito imputado.

En segundo lugar, el uso en provecho propio de la información secreta de "Técnica", aparece claramente establecido, como también la concreción de la conducta que se atribuye al Sr. Luis Carlos y que luego se sanciona.

En tercer lugar, el secreto de la empresa, según lo que más arriba dijimos, no cabe duda que comprende datos comerciales, tales como la catalogación de los productos, descripción gráfica, precios de adquisición y venta al público y listado de proveedores y clientes, objeto de la recopilación, tanto en soporte papel como en ficheros informatizados, efectuada por el acusado.

En cuarto lugar, el deber de reserva, no terminó con el fin de la relación laboral, como pretende el recurrente. El tipo del art. 279 aplicado, se caracteriza por la infracción de un deber extrapenal específico de guardar secreto que, -según entiende la doctrina- independientemente de la eventual cláusula de duración contractual determinada, se encuentra vigente, respecto de las personas que cesan en la empresa, mientras

esté en condiciones de aportar un valor económico. Y, en este supuesto, a ello se añade el compromiso - pactado por el recurrente, explícitamente, con la empresa- más allá de la extinción laboral, prolongándose durante dos años a partir de tal cese.

El recurrente incurrió en la conducta típica de cesión (dentro de la que, sin duda hay que incluir la autocesión) de un secreto de empresa, contraviniendo la obligación legal que como fuente de la reserva, le venía impuesta por su condición de empleado de la empresa y por su contrato laboral, accediendo -también con toda lógica- a tal información durante la vigencia del contrato y antes de extinguirse la relación laboral. Ello tal como revela el factum, al decir que: "como empleado de la empresa "Industrias de Fijación Técnica, S.A.", con la categoría de Director Comercial, cuyas relaciones laborales se extinguieron en 31-10-2001... abrigando la idea -junto con otros dos acusados- de instalarse por su cuenta, recopiló datos comerciales de la empresa, tanto en papel como en ficheros informáticos a los que tenía acceso en el ejercicio de su funciones propias, con objeto de servirse de ellos a través de la empresa que constituyeran, y que aprovecharía aquella información para instalarse con fuerza en el **mercado**, en clara competencia con "Técnica".

En quinto lugar, es cierto que la figura penal aplicada, como delito de tendencia que es (Cfr. STS nº 1607/2000, de 16 de febrero), requiere dolo, y por ello es concebible el error, especialmente sobre el deber de especial sigilo, cuando el sujeto cree que ha terminado tal obligación. Y ha dicho esta Sala (Cfr. SSTS 275/2006, de 6 de marzo; de 11-6-2007, nº 542/2007) que el dolo se excluye cuando el autor ha obrado con error sobre la concurrencia de los elementos del tipo objetivo, es decir, por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o los hechos constitutivos de la infracción como expresa el artículo 14 del Código Penal. Sin embargo, también es doctrina jurisprudencial consolidada (Cfr. SSTS de 13-11-89; 13-6-90; 22-1-91; 25-5-92; 7-7-97; y, de 16-2-2006, nº 171/2006) que no basta la mera alegación del error, sino que es necesaria su probanza por quien lo invoca, debiendo tenerse en cuenta las condiciones psicológicas y de cultura del infractor, así como de instrucción y asesoramiento del mismo.

No obstante, ni por razones de forma ni de fondo es apreciable el submotivo. Desde el punto de vista formal, por cuanto tan relevante cuestión no fue planteada en la instancia -ni, provisionalmente, en el escrito de defensa (fº 581) ni en las conclusiones definitivas (fº 709 vtº del acta)-, impidiéndose de esa forma a las acusaciones ejercer su derecho de contradicción y hurtando al Tribunal su competencia para resolverla. Y, en cuanto al fondo, porque la ilícita actividad desplegada por el acusado vigente el contrato es manifiesta, y porque las dudas aludidas por el recurrente, sobre la renuncia por la empresa al pacto de no concurrencia, no dejan de ser meras especulaciones propias del mismo, sin confirmación de la contraparte, y sin sustento tampoco en el litigio laboral, paralelo al penal, emprendido, limitando su alcance a las consecuencias económicas pactadas para ambas partes.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo se funda en infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr. por aplicación indebida del art. 623.4 CP, dado que no existen en los hechos probados los elementos del tipo de apropiación indebida, ni en modalidad de falta, que en caso de concurrir, estaría prescrita. E, igualmente, el tercer motivo se articula por aplicación indebida del art. 623.4 CP, en este caso, por infracción del art. 8 CP y del principio non bis in idem.

Y si la aplicación del art. 8 CP pudiera ofrecer alguna duda, por la posibilidad concursal que suscita el apoderamiento de los soportes convencionales o informáticos en que se contuviere la información secreta cedida, una vez reputada falta la apropiación indebida de tales elementos, aparece clara su prescripción, con arreglo al art. 131.2 CP.

Así, alega el recurrente que si la querrela se interpuso en diciembre de 2002, habiéndose debido producir el apoderamiento antes de la conclusión de la relación laboral en 31 de octubre de 2001, en tal fecha estaba prescrita la falta, por haber transcurrido de sobra los seis meses previstos en el art. 131.6 CP.

El examen de las actuaciones revela que tiene razón el recurrente, en cuanto que en 26-12-02 (fº 201) recayó providencia teniendo por presentada la querrela, que fue admitida por auto de 31-1-03.

Por consiguiente, los motivos -que apoya el Ministerio Fiscal- han de ser estimados.

RECURSO DE INDUSTRIAS DE FIJACION TÉCNICA, S.A.:

TERCERO.- Como primer motivo se alega infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr. por inaplicación indebida del art. 279.2 CP respecto del absuelto D. Lázaro .

1. Se entiende que los hechos declarados probados describen respecto del mismo una conducta plenamente subsumible en el tipo de referencia, debiendo ser condenado -como solicitó en la instancia- a las penas de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del comercio a título personal o como gerente o administrador de una sociedad mercantil, durante el tiempo de la condena, y multa de doce meses a razón de una cuota diaria de doce euros, y costas.

2. Realmente los hechos declarados probados narran una conducta encuadrable, como autoría, en la figura penal cuya aplicación se reclama.

Así, se describe que: "Los acusados D. Luis Carlos , Don Lázaro , y D. Baltasar ... eran empleados de la empresa "Industrias de Fijación Técnica, S.A., dedicada al suministro y distribución de repuestos de maquinaria industrial y automoción, herramientas, utillaje diverso y demás productos y accesorios derivados, con las respectivas categorías de Director Comercial, Jefe de Producto y Responsable de compras, cuyas relaciones laborales se extinguieron en fechas 31-10-2001, 25 de abril de 2002 y 26 de marzo de 2002... Y como quiera que los dos primeros abrigaban la idea de instalarse por su cuenta, recopilaron datos comerciales de la empresa, tanto en papel como en ficheros informáticos, a los que tenía acceso en el ejercicio de su funciones propias, con objeto de servirse de ellos a través de la empresa que constituyeran, y que aprovecharía aquella información para instalarse con fuerza en el **mercado**, en clara competencia con "Técnica".

Y sigue declarándose probado que: "Los datos comerciales en cuestión comprendían la catalogación de los productos de I. F. Técnica, S.A., su descripción gráfica, precios de adquisición y venta al público, listado de proveedores y clientes, y, en general, un conjunto de información de gran utilidad para el desarrollo de la nueva actividad empresarial, que nacería así perfectamente situada en el sector, considerando además, que varios vendedores de Técnica, pasaron a Wakler a invitación de sus fundadores, aportando a esta nueva sociedad su conocimiento el **mercado** respecto de las distintas zonas en las que habían venido operando anteriormente".

Finalmente, se precisa en el factum que: "D. Luis Carlos se hallaba obligado con Técnica por un pacto de no competencia durante dos años, a contar de la fecha en que se extinguiera su relación laboral, bajo la responsabilidad de indemnizar en otro caso a dicha empresa con una determinada cantidad, actualizable anualmente".

Y se concreta -a efectos de aplicación del subtipo atenuado- que, "pese a ello, dicho acusado y D. Lázaro constituyeron el día 8 de mayo de 2002 la mercantil Wakler Chemical España, S.L., suscribiendo un capital social de 36.000 euros por iguales partes, y en apenas un mes comenzaron a operar en el **mercado**... El volumen de negocio de Técnica descendió notablemente durante el año 2002, aunque las causas de ello no han quedado bien esclarecidas".

3. A pesar del juicio histórico que se efectúa, el Tribunal de instancia, en su fundamento jurídico segundo, entiende que no puede declarar responsable al acusado D. Lázaro , porque no se hallaba vinculado por ningún pacto de no concurrencia del que dimanara una obligación de reserva semejante a la que regía para el Sr. Luis Carlos , ni dicha obligación le venía impuesta legalmente una vez extinguida su relación laboral, conforme a las previsiones de los arts. 5 y 21 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, el deber de reserva, no terminó con el fin de la relación laboral, como pretende la Sala de instancia. El tipo del art. 279 CP aplicado, se caracteriza por la infracción de un deber extrapenal específico de guardar secreto que -según entiende la doctrina-, con independencia de la cláusula de duración determinada eventualmente contratada, se encuentra vigente, respecto de las personas que cesan en la empresa, mientras el secreto esté en condiciones de aportar un valor económico.

De cualquier modo hay que tener presente que ambos acusados incurrieron en la conducta típica de cesión (dentro de la que, sin duda hay que incluir la autocesión) de los secretos de empresa, contraviniendo la obligación legal que como fuente de la reserva, les venía impuesta por su condición de empleados de la empresa y por su contrato laboral, habiendo accedido a tal información durante la vigencia del contrato y antes de extinguirse la relación laboral.

Ello es así, tal como revela el factum, al decir que: "como empleados de la empresa "Industrias de Fijación Técnica, S.A., con la categoría de Director Comercial y Jefe de Producto... como quiera que los dos primeros abrigaban la idea de instalarse por su cuenta, recopilaron datos comerciales de la empresa, tanto en papel como en ficheros informáticos, a los que tenía acceso en el ejercicio de su funciones propias, con objeto de servirse de ellos a través de la empresa que constituyeran, y que aprovecharía aquella información para instalarse con fuerza en el **mercado**, en clara competencia con "Técnica".



Como más arriba dijimos, el fundamento del castigo se encuentra en la lealtad que deben guardar quienes conozcan el secreto, por su relación legal o contractual con la empresa, ya que el bien, específicamente tutelado, consistirá en la competencia leal entre las empresas. E igualmente, que la responsabilidad penal abarca, pues, a quienes se les exige expresamente (administradores, ex art. 127.2 LSA y 61.2 LRL), al resto de empleados de la empresa que conozcan por razón de sus funciones tales secretos, a trabajadores de otras empresas que se relacionen con la titular de los secretos (de seguridad, proveedoras, etc.), y a los terceros que los hayan conocido a causa de razones legales (como, por ejemplo, funcionarios). Y, que, como "delito especial propio", sólo pueden cometerlo el círculo de personas indicadas, respondiendo, en su caso el "extraneus", como cooperador (inductor, cooperador necesario, cómplice) según en qué haya consistido su participación.

De este modo, siendo posible el castigo incluso del extraneus, que coopera de alguna manera con los autores, no puede admitirse la impunidad de quien, lleva a cabo una actividad de verdadero autor, conjuntamente con el ya condenado, y que por ello resulta plenamente subsumible en el art. 279 CP.

Por ello, el motivo ha de ser estimado.

CUARTO.- El segundo motivo, de modo subsidiario al anterior, se ampara también en infracción de ley, por inaplicación indebida del art. 278.1 CP respecto del absuelto Lázaro.

La subsidiariedad del motivo, y el éxito del anterior, lleva, obviamente, a la desestimación del mismo.

QUINTO.- En tercer lugar, se alega error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador.

1. Viene manteniendo esta Sala (Cfr. SSTS 1423/2005, de 25 de noviembre; 762/2004, de 14 de junio, y 67/2005 de 26 de enero), "que la invocación del motivo expresado, queda supeditada a la concurrencia de ciertos requisitos:

A) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

B) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se precisa por tal "...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma...", quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personas aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, entre otras STS 220/2000, de 17 de febrero; 1553/2000, de 10 de octubre, y las en ella citadas.

La justificación de alterar el "factum" en virtud de prueba documental -y sólo esa- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de inmediación y contradicción.

De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial según la doctrina de esta Sala (SSTS núm. 1643/98 de 23 de diciembre, núm. 372/99 de 23 de febrero, sentencia de 30 de enero de 2004 y núm. 1046/2004 de 5 de octubre, así como, núm. 1200/2005, de 27 de octubre) como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

C) Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

D) Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración -razonada- en conciencia de conformidad con el art. 741 LECriminal. Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes y que el Tribunal sentenciador, de



forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna -SSTS 158/2000 y 1860/2002 de 11 de noviembre -.

E) Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

F) Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo, SSTS 496/99, 765/04 de 11 de junio.

G) A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación, que le compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo -art. 855 LECriminal- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS de 3-4-02), pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de marzo, es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" tales extremos".

2. La Sala de instancia, en su fundamento jurídico sexto, observa que: "en el caso que nos ocupa no ha quedado fiablemente acreditado cuál fue el verdadero perjuicio, que se derivó para "Técnica", del delito cometido por el acusado Sr. Luis Carlos , pues si bien es verdad que el beneficio bruto de explotación de dicha empresa descendió de 218.240 euros en 2001 a 107.661 euros en 2002, la causa de ello no ha sido específicamente investigada, ni se ha investigado tampoco la actividad comercial de "Wakler" durante el ejercicio de 2002, para verificar si se desarrolló, y en qué medida, sobre clientes de "Técnica"; de manera que no existe otro medio apto para cuantificar aquel perjuicio que el que resultaría de aplicarla cláusula indemnizatoria prevista contractualmente para el caso de concurrencia, y que "Técnica" ha hecho valer ante la jurisdicción laboral, según ya hemos dicho. Por consiguiente, no será dado fijar en la presente sentencia ninguna otra indemnización por tal concepto".

3. En el caso, la entidad recurrente concreta el error facti, que pretende existente, en la no estimación, como cuantificados en el procedimiento, de los daños y perjuicios causados y sufridos por la querellante. Y como documentos en que se sustente el error, invoca el informe pericial del auditor y economista D. Miguel Ángel , titulado "Informe de Valoración de Fondo de Comercio en el Periodo 1996-2000 de Industrias de Fijación Técnica, S.A. y Cálculo de la Disminución de la cifra de negocios entre Octubre-2001 y Diciembre-2002", folios 529 a 538.

Pues bien, aplicando la reiterada jurisprudencia citada a la pretensión del recurrente, observamos que el motivo está huérfano de soporte, pues no señala en qué particulares de los documentos se propone fundar el recurso, qué extremos de las periciales entran en conflicto, y en qué se ha desviado de ellos el Tribunal de instancia. Así, toda la argumentación del recurrente, lejos de la exigencias del motivo, no consiste más que en una pretensión de distinta valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, manifestando su discrepancia con las conclusiones a que ha llegado el mismo.

El motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- En cuarto y último lugar, se alega infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al no determinar la sentencia de instancia cantidad económica alguna para reparar el daño o indemnizar los graves perjuicios causados.

Resumidamente podemos decir que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la satisfacción de la pretensión deducida, sea estimándola, sea desestimándola; la exposición de una motivación explícita, que permitan conocer las razones de la decisión; y que esa motivación no sea arbitraria o irrazonable (Cfr. SSTS 14/7/2005 y 5/9/2003).

Con frecuencia hemos repetido, con mayor extensión, (Cfr. SSTS de 18 de marzo de 1996 y 13 de noviembre de 1998 y de 20-5-2004, núm. 640/2004, 21-11-2005, nº 1394/2005) que el derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene su asiento en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, con carácter de derecho fundamental, ostenta un contenido que no es, ni más ni menos, que el del derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución fundada en Derecho, es decir, a que la petición de justicia, tras ser oídas



las partes en el correspondiente cauce procesal, obtenga como respuesta una resolución o pronunciamiento debidamente fundado en Derecho, aunque no sea el esperado por la parte.

Y eso es lo que ha acontecido en el caso, donde el Tribunal a quo -como vimos con relación al motivo anterior-, explica en fundamento jurídico sexto las razones que le han llevado al pronunciamiento del que se discrepa.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- Estimado parcialmente el recurso interpuesto por infracción de ley por la representación de D. Luis Carlos , y estimado parcialmente el recurso interpuesto por infracción de ley y de precepto constitucional por la representación de INDUSTRIAS DE FIJACIÓN TÉCNICA, S.A., procede la declaración de oficio de las costas de sus respectivos recursos, de conformidad con las previsiones del art. 901 de la LECr. La estimación parcial del recurso del Sr. Luis Carlos aprovechará al no recurrente D. Lázaro , de acuerdo con las previsiones del art. 903 de la LECr.

### III. FALLO

Debemos estimar y estimamos en parte el recurso de casación interpuesto por infracción de ley por la representación de D. Luis Carlos , y debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso interpuesto por infracción de ley y de precepto constitucional por la representación de INDUSTRIAS DE FIJACIÓN TÉCNICA, S.A., contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de fecha 2 de febrero de 2007, en causa seguida por delito relativo al **mercado** y a los consumidores, y falta de apropiación indebida, procediendo la declaración de oficio de las costas de sus respectivos recursos. La estimación parcial del recurso del Sr. Luis Carlos aprovechará al no recurrente D. Lázaro , en lo que le sea favorable.

Comuníquese esta sentencia, y la que a continuación se dictará, a la Sección Segunda de la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andrés Martínez Arrieta D. Julián Sánchez Melgar D. José Manuel Maza Martín D. Francisco Monterde Ferrer D. José Antonio Martín Pallín