

Roj: STS 7442/2008
Id Cendoj: 28079120012008100954
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 491/2008
Nº de Resolución: 864/2008
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JOAQUIN DELGADO GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil ocho.

En el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante este tribunal pende, interpuesto por la acusación particular Isidro y la entidad mercantil GUTIÉRREZ ANGLADA S.L., representados por el procurador Sr. Pérez Medina, contra la sentencia dictada el 19 de febrero de 2008 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Girona, que absolvió a los acusados: Jose Ignacio , Jesús Carlos , Beatriz , Flor , la mercantil Anglada-Celis Assessors S.L, Remedios y Domingo , de los delitos de que venían siendo acusados, los componentes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han constituido para su deliberación y fallo. Han sido parte el Ministerio Fiscal y como recurridos todos los referidos acusados, representados perspectivamente por los procuradores Sres. Morales Hernández-Sanjuan (1º, 2º, 3º, 4º y 5º) y Álvarez Plaza (6º y 7º). Y ponente D. Joaquín Delgado García.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Girona incoó Procedimiento Abreviado con el nº 115/2005 contra Jose Ignacio , Jesús Carlos , Beatriz , Flor , Remedios y Domingo que, una vez concluso, remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de esa misma capital que, con fecha 19 de febrero de 2008, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado, y así se declara, que: PRIMERO.- El lunes 5 de octubre de 1998 Jose Ignacio , Jesús Carlos , Flor , trabajadores de la agencia Francisco Gutiérrez y Beatriz , trabajadora de la empresa "Asesoría Contable Gutiérrez-Anglada S.L.", presentaron sus respectivas cartas de baja o renuncia laboral en dichas empresas.

El mismo día 5 de octubre de 1998, los colaboradores de la agencia F. Gutiérrez: Edurne , Felipe , Montserrat y Octavio remitieron por fax a la agencia F. Gutiérrez escritos en los que solicitaban la devolución de la documentación de los clientes remitidos por ellos y pedían a dicha agencia que a partir de esa fecha se abstuvieran de realizar trámite alguno respecto a dichos clientes.

Pro su parte, Jose Ignacio y Jesús Carlos , en fechas 5-10-98 y 26-04-99, remitieron escritos a un número indeterminado de clientes de la agencia F. Gutiérrez, ofreciendo a los mismos los servicios de la nueva sociedad "Anglada-Celis Assessors, S.L." la cual fue constituida legalmente en fecha 2 de octubre de 1998 por ellos y Remedios . Dicha sociedad tenía como objeto social el asesoramiento fiscal, laboral contable y jurídico, y empezó su actividad el día 5 de octubre de 1998.

SEGUNDO.- A principios del mes de septiembre de 1998 la empresa "Aplitec Informática, S.L." instaló en el despacho profesional de Remedios un programa de facturación y contabilidad idéntico al de la Agencia F. Gutiérrez y a principios del mes de octubre de 1998, por encargo de Jose Ignacio , se traspasó dicho programa al domicilio de la empresa "Anglada- Celis Assessors, S.L.". Igualmente en fecha 5.10.98, se instaló en la referida empresa un programa informático estándar denominado "CSI" nóminas, idéntico al que en el mes de febrero de 1998 se había instalado en la Agencia Francisco Gutiérrez.

A resultas de la entrada y registro practicada por los MMEE con TIP's nº NUM000 , NUM001 y NUM002 en el domicilio social de "Anglada- Celis Assessors, S.L.", acordada mediante el auto de fecha 24-05-00 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de los de Girona , se intervino el disco duro del ordenador

de la precitada mercantil el cual, tras ser analizado y comparado con los disquetes que contenían la información de la Agencia F. Gutiérrez, resultó que contenía una base de datos del mismo nombre ("CLIE0195.DBF") que otra existente en la referida agencia, creada en fecha 3 de octubre de 1998 a las 00:42 horas.

La base de datos "CLIE0195.DBF" localizada en el disco duro intervenido en la empresa "Anglada-Celis Asesors, S.L." estaba constituida en un 97% por los mismos clientes de la base de datos de la Agencia F. Gutiérrez. Asimismo, la estructura de ambas bases de datos era coincidente en un 100% y la información de los clientes referente a su código numérico, nombre, DNI o CIF, fecha en que el cliente fue dado de alta en la Agencia F. Gutiérrez, así como fecha y código de su última factura, era coincidente en ambas bases de datos.

TERCERO.- En fecha 2 de octubre de 1998, a las 13:24 horas fueron hechos efectivos dos cheques, uno por importe de 475.000 pesetas y otro de 470.000 pesetas, que habían sido previamente librados por Jose Ignacio en su condición de administrador de la sociedad "Asesoría Contable Gutiérrez-Anglada S.L." y con firma autorizada al efecto.

No se conoce la persona que cobró los referidos cheques, librados al portador, contra la cuenta nº NUM003 de "La Caixa" titularidad de la sociedad "Asesoría Contable Gutiérrez-Anglada S.L.".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: QUE ABSOLVEMOS a Beatriz , Flor y Domingo como autores de los delitos relativos al mercado y a los consumidores de los artículos 280 y 288 y del delito de receptación del artículo 298 del Código Penal por haber retirado la acusación particular y el Ministerio Fiscal la acusación contra los mismos.

QUE ABSOLVEMOS a Jose Ignacio y Jesús Carlos como autores de un delito relativo al mercado y a los consumidores de los artículos 278.1 y 2 y 288 del Código Penal , y ABSOLVEMOS a Remedios como cómplice de dichos delitos.

QUE ABSOLVEMOS a Jose Ignacio y Jesús Carlos como autores de un delito relativo al mercado y a los consumidores de los artículos 279 y 288 del Código Penal .

QUE ABSOLVEMOS A Remedios como autora de un delito relativo al mercado y a los consumidores de los arts. 280 y 288 del Código Penal .

QUE ABSOLVEMOS A Jose Ignacio como autor de un delito de hurto agravado del artículo 234 del Código Penal en relación con el artículo 235.3 y 4 del Código Penal , de un delito societario del artículo 295 del Código Penal .

QUE ABSOLVEMOS A Jesús Carlos y a Remedios de un delito de receptación del art. 298 del Código penal .

QUE ABSOLVEMOS a la mercantil "ANGLADA-CELIS ASSESSESORS, S.L." del pago de responsabilidad civil alguna.

Se declaran de oficio las costas causadas."

3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional por la acusación particular Isidro y la entidad mercantil GUTIÉRREZ ANGLADA S.L., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación de la acusación particular Isidro y la entidad mercantil GUTIÉRREZ ANGLADA S.L., se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, por no aplicación de los arts. 278, 279 y 280 CP y consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 CE. Segundo .- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, por inaplicación del art. 295 CP. Tercero .- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, por inaplicación del art. 295 CP .

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal impugnó los motivos del mismo, la sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento sin celebración de vista pública cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la deliberación y votación el día 3 de diciembre del año 2008.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida absolvió a los seis acusados de los delitos que les habían imputado el Ministerio Fiscal y la acusación particular, los relativos al mercado y a los consumidores de los arts. 278 a 280 CP , por los que ejerció su acción el Ministerio Fiscal y por estos mismos y otros (societario, hurto y receptación) atribuidos por la parte querellante que viene actuando en representación de Isidro y "Gutiérrez Anglada S.L."

Contra dicha sentencia recurre en casación esta última parte por tres motivos referidos el primero a esos delitos de los arts. 278 a 280 y los otros dos al societario del art. 295 ; todos amparados en el art. 849.1º LECr , lo que obliga a los recurrentes a respetar los hechos probados de la sentencia de instancia, conforme a reiterada doctrina de esta sala fundada en el nº 3º del art. 884 de tal ley procesal.

SEGUNDO.- 1. En el motivo 1º se denuncia infracción de ley por no aplicación de los ya citados arts. 278, 279 y 280 CP . Se alega que lo recogido en el apartado 2º de los hechos probados encaja en alguna de tales normas penales.

La empresa Aplitec Informática S.L., en septiembre de 1998, instaló en el despacho de la abogada Remedios , esposa de Jose Ignacio , un programa de facturación y contabilidad idéntico al de la agencia Francisco Gutiérrez. Este programa, por encargo de Jose Ignacio se traspasó al domicilio de Anglada-Celis Assessors S.L.

Se había realizado en las presentes actuaciones una diligencia judicial de entrada y registro, ordenada por auto de 24.5.2000 y en la misma se intervino el disco duro del ordenador de la referida Anglada-Celis Assessors S.L. Comparado su contenido con el de la agencia Francisco Gutiérrez, la correspondiente prueba pericial acreditó la identidad de ambos contenidos en cuanto a la lista de clientes en un 97% y en lo referente a la estructura de ambas bases de datos en el 100%, lo que dejó de manifiesto que había sido copiada tal lista de clientes de la sociedad querellante por parte de la sociedad querellada, merced al referido encargo realizado por Jose Ignacio . Esta lista comprendía los seis datos siguientes respecto de cada cliente: código numérico, nombre, DNI o CIF, fecha de alta de cada uno en la empresa, así como fecha y código de la última factura. Conforme dijeron los peritos (fundamento de derecho 1º), tal coincidencia revelaba que se había hecho una copia de la lista de clientes de la agencia Francisco Gutiérrez y que tal copia se había volcado en el disco duro del ordenador de "Anglada-Celis S.L.". Incluso se precisó la fecha y hora de este último acto: el sábado 3 de octubre de 1998 a las 0,42.

2. El art. 278 sanciona un tipo de delito constituido por los elementos siguientes:

1º. La acción delictiva consiste alternativamente: a) en el apoderamiento por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos; o b) el empleo de algunos de los medios o instrumentos del apartado 1 del art. 197 , el cual, a su vez relaciona unos modos de comisión que aquí no interesa precisar.

2º. Tal acción delictiva ha de tener por finalidad descubrir un secreto, esto es, algo que conocen una o varias personas que tiene o tienen interés en que no lo conozcan los demás, particularmente los que se dedican a la misma clase de actividad.

3º. Ha de tratarse de un secreto de empresa, concepto más amplio que el de secreto industrial al que se refería el art. 499 de la anterior CP , ya que abarca no solo los relativos a la técnica de los procedimientos de producción, sino también los relativos al comercio u organización del negocio de que se trate.

Conviene dejar dicho aquí que nos encontramos con un delito que puede cometer cualquier persona. No se trata de un delito especial propio que solo está al alcance de quienes reúnen determinadas características, como ocurre con el delito del art 279 al que luego nos referiremos. Ha de ser cometido por quien no conoce el secreto y trata de descubrirlo.

Es un delito de consumación anticipada. Basta la acción de apoderamiento dirigida a alcanzar ese descubrimiento. Conseguir el conocimiento del secreto pertenece a la fase posterior de agotamiento de la infracción. Incluso se comete aunque no pueda después alcanzarse ese descubrimiento del secreto porque, por ejemplo, el autor del delito no puede llegar a descubrir las claves utilizadas por la empresa en defensa de tal secreto.

Su difusión, revelación o cesión a terceros constituye la figura agravada del art. 278.2 .

3. El delito del art. 279 queda integrado por los elementos siguientes:

1º. Tiene por objeto también el llamado secreto de empresa en los términos que acabamos de exponer.

2º. El medio comisivo consiste en la difusión, revelación o cesión de tal secreto.

3º. Sujeto activo ha de ser quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, esto es, de mantener el secreto que él precisamente conoce porque su relación concreta con la empresa así lo exige. Se trata como ya se ha dicho, no de un delito común, como el del 278, sino de un delito especial propio. Ahora con mayor amplitud que el referido art. 499 CP anterior, precedente de este art. 279, que limitaba los autores de este delito al encargado, empleado u obrero quienes por su dependencia laboral estaban obligados a guardar el secreto. Ahora también pueden cometerlo los socios o administradores.

En el párrafo 2 de este art. 279 se describe un subtipo atenuado (privilegiado), para los casos en que esa persona obligada a guardar el secreto lo utiliza en provecho propio. El beneficiarse solo a sí mismo en principio deja más reducida la posibilidad de la competencia ilícita, que en el caso de que se difunda más allá.

4. El art. 280 penaliza de modo autónomo las conductas descritas en los dos artículos anteriores cuando han sido cometidas por un sujeto que ha de reunir una doble condición.

1ª. No haber tomado parte en el descubrimiento del secreto.

2ª. Actuar con conocimiento del origen ilícito de ese descubrimiento.

5. Como bien dice la sentencia recurrida, el problema se encuentra en determinar si la copia de la lista de clientes de la gestoría del querellante y su incorporación al disco duro del ordenador de "Anglada-Celis S.L." constituye o no una vulneración del secreto de empresa, o mejor, si esa lista de clientes forma o no parte del secreto de empresa.

La sala de instancia lo resolvió en sentido negativo y por ello absolvió a todos los acusados. En el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida cita una serie de sentencias de las Audiencias Provinciales de Córdoba, Barcelona y Madrid, y otra de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo en las que se razona sobre este problema para decir que las listas de clientes de las empresas no han de considerarse secretas, pese a su reconocido valor dentro del patrimonio comercial del negocio, en base a que los datos de esas listas no son confidenciales de la empresa, sino de los propios clientes, ni tampoco exclusivos, pues se hallan también en otros ámbitos.

Partiendo del contenido de estas resoluciones de otros tribunales y tras la afirmación de que se comparte por la Audiencia Provincial de Girona lo que estas afirman y razonan, se pronuncia este último tribunal en el sentido absolutorio antes dicho.

6. Ciertamente los datos individuales de cada cliente no son secretos sino para el propio interesado; pero sí han de considerarse tales las listas de todos ellos que tienen las empresas para el buen desarrollo de sus actividades comerciales, con las cuales pueden desarrollar de modo adecuado su trabajo, máxime cuando se trata de gestorías administrativas, esto es, de sociedades o particulares que se dedican, además de a asesorar profesionalmente, a realizar los diferentes trámites ante organismos estatales, locales o institucionales, como en lo relativo a los pagos de impuestos, tasas, o cuotas de la Seguridad Social, mutualidades laborales, etc.

Estas listas de clientes son un elemento importante para conservar y afianzar un mercado frente a otros competidores que, sobrepasando lo lícito, pudieran valerse de esas listas para ofrecer su actividad comercial a quienes, precisamente por esas listas, pueden llegar a saber la identidad y datos personales de futuros clientes. Ciertamente las empresas tienen unos conocimientos derivados de esas listas que guardan celosamente en sus ordenadores que quieren mantener al margen del conocimiento de otras de la competencia.

Citamos como precedente de esta doctrina lo que en su fundamento de derecho 1º, apartados 2 y 4, nos dice la reciente sentencia de esta sala 285/2008 de 12 de mayo, en los que se señala como parte del secreto de empresa la clientela o el listado de proveedores y clientes, citada por el Ministerio Fiscal.

6. Solucionado así el problema sobre la naturaleza secreta de las listas de clientes, hemos de decir aquí que concurren en el caso los elementos de la figura de delito del art. 279 CP, con relación al único acusado que en los hechos probados aparece como autor de ese acto ilegal de apropiarse de los datos que tenía la empresa para la que había trabajado hasta octubre de 2005, Jose Ignacio A) Ciertamente nos hallamos ante un caso relativo a secreto de empresa, como acabamos de argumentar.

B) Hubo una cesión de tal secreto (lista de clientes), propio de la gestoría del querellante cuando ya funcionaba bajo el nombre de "Gutiérrez Anglada S.L.", que pasa a la nueva entidad mercantil "Anglada Celis Assessors S.L."

C) El sujeto activo de este delito es Jose Ignacio que en aquellos primeros días de octubre era trabajador de la agencia o gestoría del querellante Isidro (hecho probado 1º) y como todo trabajador estaba obligado por su relación laboral a una conducta de reserva respecto de esa lista de clientes que conocía por tal condición. También en esas fechas era, además, administrador de la sociedad "Asesoría Contable Gutiérrez Anglada S.L." y con firma autorizada al efecto, conforme se dice en el hecho probado 3º.

D) Ha de aplicarse el tipo privilegiado del párrafo último de este art. 279, pues el secreto no se transmitió a terceros, sino que se utilizó por parte de Jose Ignacio en beneficio propio, esto es, para la sociedad "Anglada-Celis Assessors S.L." que en esas fechas de primeros de octubre daba sus primeros pasos (hecho probado 1º).

7. Hay que precisar aquí que en tales hechos probados de la sentencia recurrida, de todos los seis acusados solo aparece el mencionado Jose Ignacio, que encargó traspasar el programa de la agencia Francisco Gutiérrez con sus datos correspondientes al disco duro de "Anglada-Celis Assessors S.L.", lo que se descubrió casi dos años después, como consecuencia del registro ordenado por auto del Juzgado nº 2 de Girona de fecha 2.5.2000 (hecho probado 2º). Incluso sobre tres de tales seis acusados el Ministerio Fiscal y la acusación particular retiraron la acusación en el acto del juicio oral.

Así pues, la condena, conforme a estos hechos probados, que hemos de respetar como ya se ha dicho en el fundamento de derecho 1º de esta sentencia, solo puede alcanzar a dicho Jose Ignacio, con absolución respecto de los otros cinco acusados.

En conclusión, hay que estimar parcialmente este motivo 1º.

TERCERO.- El motivo 2º también se funda en el nº 1º del art. 849 LECr. Se denuncia aquí la no aplicación al caso del art. 295 CP -delito societario por administración fraudulenta- pero solo para el caso de que los hechos probados no hubieran sido considerados como delito contra el mercado de los arts. 278 a 280, es decir, se interpone este motivo 2º como subsidiario, para el caso de que no se considere aplicable alguno de esos últimos artículos del CP.

Apreciado que hubo delito del art. 279, aunque solo respecto de Jose Ignacio, queda sin contenido este motivo 2º.

CUARTO.- 1. Solo nos queda por examinar el motivo 3º asimismo acogido al art. 849.1º LECr.

Se dice que hubo infracción de ley por no haberse aplicado el mismo art. 295 CP a lo que la sentencia recurrida considera acreditado en su apartado tercero de los hechos probados.

2. Tal art. 295 define el llamado delito societario por administración fraudulenta que requiere los siguientes elementos:

A) Sujeto activo ha de ser el administrador de hecho o de derecho o el socio de cualquier sociedad constituida o en formación: delito especial propio.

B) Este sujeto activo ha de actuar con abuso de las funciones propias de ese cargo de administrador o socio, esto en el ejercicio de esa administración o cargo social del que abusa defraudando.

C) Ha de hacerlo en beneficio propio o de tercero.

D) La conducta punible ha de consistir en disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o en contraer obligaciones a cargo de esta, causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren.

3. Dicho apartado tercero de los hechos probados dice así:

"En fecha 2 de octubre de 1998, a las 13:24 horas fueron hechos efectivos dos cheques, uno por importe de 475.000 pesetas y otro de 470.000 pesetas, que habían sido previamente librados por Jose Ignacio en su condición de administrador de la sociedad "Asesoría Contable Gutiérrez-Anglada S.L."

Luego, en el párrafo penúltimo de su fundamento de derecho 2º, la sentencia recurrida nos dice por qué absuelve a Jose Ignacio de este delito del art. 295: porque "no podemos compartir la tesis de la acusación particular en el sentido de que correspondería al acusado justificar el destino de los fondos, ya

que, erróneamente, dicha tesis parte de que existió un acto de disposición (cobro de los cheques) imputado al acusado que en modo alguno ha resultado probado".

4. Entendemos que en el caso presente, en ese comportamiento de Jose Ignacio que nos relata el mencionado apartado tercero de los hechos probados, no concurren todos los requisitos de tal art. 295 , porque en los hechos probados referidos no consta que en realidad se produjera un perjuicio a la sociedad limitada de la que él (Jose Ignacio) era administrador y consiguientemente tampoco cabe afirmar que hubiera un beneficio propio o de tercero.

Y ello es así sencillamente porque no conocemos el destino del importe de esos dos talones por importe total de 945.000 ptas. El acusado dijo que estos cheques firmados se los había entregado a su consocio Francisco Gutiérrez.

No hubo aquí infracción de ley por inaplicación a estos hechos del mencionado art. 295 .

Desestimamos este motivo 3º.

QUINTO.- Por lo dispuesto en el art. 901 LECr , hay que declarar de oficio las costas de esta alzada y mandar que se devuelva el depósito constituido para recurrir.

III. FALLO

HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por Isidro y "GUTIÉRREZ ANGLADA S.L.", por estimación parcial del motivo primero, relativo a infracción de ley, y por ello anulamos la sentencia que absolvió a Jose Ignacio , Jesús Carlos , Beatriz , Flor , Remedios y Domingo , así como a "Anglada-Celis Assessors S.L." en relación a su responsabilidad civil, declarando de oficio las costas de esta alzada, ordenando la devolución del depósito constituido para recurrir y procediendo a continuación a dictar segunda sentencia.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Perfecto Andrés Ibáñez José Ramón Soriano Soriano Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Joaquín Delgado García