



Roj: **SAP B 3317/2022 - ECLI:ES:APB:2022:3317**

Id Cendoj: **08019370152022100620**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **20/05/2022**

Nº de Recurso: **1146/2022**

Nº de Resolución: **853/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS RODRIGUEZ VEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 3317/2022,**
AAAP B 1000/2022

Cuestiones: Competencia desleal. Explotación de secretos empresariales.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 1146/22-2ª

Juicio Ordinario núm. 1375/2020 -C

Juzgado Mercantil núm. 7 Barcelona

SENTENCIA núm. 853/2022

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

MARTA CERVERA MARTINEZ

Barcelona, a veinte de mayo de dos mil veintidós.

Parte apelante: Smarttia Spain S.L.

- Letrado/a: Sandra Freire Díaz,

- Procurador: Marta Negrodo Martín

Parte apelada: First Ona Cap S.L

- Letrado/a: Luis Álvarez Fresco

- Procurador: José Maria Ramírez Bercero

Resolución recurrida: sentencia

- Fecha: 12 de enero de 2022

- Parte demandante: Smarttia Spain S.L.

- Parte demandada: First Ona Cap S.L

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente FALLO: « *Que DESESTIMO la demanda formulada por DÑA. MARTA NEGREDO MARTÍN, en nombre y representación de SMARTTIA SPAIN S.L., y ABSUELVO a FIRST ONA CAP S.L. de la totalidad de las pretensiones formuladas en su contra, sin hacer imposición de costas*».

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte reseñada. Admitido el recurso se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 12 de mayo de 2022 pasado.

Ponente: magistrado Luis Rodríguez Vega.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. La actora Smarttia Spain S.L. presentó demanda contra First Ona Cap S.L por explotación de secretos empresariales y violación del pacto de confidencialidad suscrito en relación con la adquisición y explotación del Hotel Marinas de Nerja, en la que se reclama una indemnización de 5.652.746,81 euros (inicialmente se reclamaban 7.028.020,60 euros).

2. La demandada se opuso a la demanda y la sentencia desestimó íntegramente la demanda, puesto que el juez entiende que la actora no ha acreditado cual fue la información proporcionada a los demandados y que, por tanto, tal información pueda calificarse de secreta. La actora recurre en apelación la sentencia al considerar que el juez ha valorado erróneamente la prueba practicada e insiste en los argumentos expuestos en la demanda, recurso al que se opone el demandado que insiste en todos los motivos de oposición expuesto en la contestación.

SEGUNDO. Hechos relevantes para resolver el litigio.

3. Son hechos relevantes y no controvertidos en esta instancia los siguientes:

A) SMARTTIA SPAIN, S.L

a) La demandante es la compañía Smarttia Spain S.L. (en adelante, "Smarttia"), provista de N.I.F. B-15.585.060 y con domicilio en A Coruña, Plaza de María Pita nº 10-1º, 15001, que antes tenía como denominación social Toxo Invest S.L.

b) El día 23 de diciembre de 2019 la entidad SMARTTIA SPAIN, S.L. es absorbida por la Compañía NOROESTE INVERSIÓN Y DESARROLLO, S.L. (B- 15.585.060), que acaba adoptando como denominación social la de Smarttia Spain SL.

c) Antes de su absorción Smarttia tenía por objeto social: "Servicios de asesoría de instalaciones de energías renovables, contable, jurídico, mercantil, legal y fiscal. Servicios de asesoría de instalaciones de energías renovables, contable, jurídico, mercantil, legal y fiscal. Adquisición y enajenación de acciones y participaciones representativas del capital social. Compraventa de fincas, su explotación. Compraventa, arrendamiento de terrenos de madera. Servicios". Sus representantes durante los hechos relevantes fueron: Jose Enrique y Carlos Alberto .

B) FIRST ONA CAP, S.L

d) La sociedad demandada es FIRST ONA CAP, S.L., sociedad de cartera del grupo ONA (Holding) que tiene por objeto: "la adquisición, tenencia, administración de acciones, participaciones sociales, cuotas o cualquier otra forma de participación o interés en el capital social y/o de títulos que den derecho a la obtención de dichas acciones, así como la administración, gestión y dirección de dichas sociedades y entidades (...)".

c) La sociedad demandada First Ona Cap fue constituida por Adelaida y por quien en ese momento era su marido Jose Daniel, estando la misma domiciliada inicialmente en Barcelona (C.P. 08029), C/ Comte Borrell nº 230, piso 3º, siendo su administrador Jose Daniel y apoderada Adelaida .

d) El capital estaba repartido a la fecha de la presentación de la demanda entre dos socios Adelaida , que tiene 5.604.058 participaciones, y Jose Daniel , que tiene 8.410.442 participaciones.

e) El Grupo ONA es uno de los principales operadores hoteleros de España, desempeñando su actividad a través de diferentes empresas filiales y gestionando nombres comerciales tales como ONA CORPORACION, ONA GRUP, ONAHOTELS, ONACONDOTEL y ONAFOOD, entre otros, información que consta en la página web corporativa (<http://www.onacorporation.com/>).



C) La adquisición y explotación del HOTEL MARINAS DE NERJA

f) En el mes de abril de 2017, SMARTTIA SPAIN S.L. identificó una oportunidad de negocio sobre el complejo hotelero conocido comercialmente como Hotel Marinas de Nerja.

g) El establecimiento hotelero en cuestión se ubica en Nerja (29780 Málaga), Carretera N-340, km. 285,5. Se trata de un apartahotel con 200 apartamentos y unos 20.000 m² de superficie construida en primera línea de playa.

h) Es necesario diferenciar entre:

Los activos tales como apartamentos, locales y demás instalaciones que conforman el establecimiento hotelero.

La actividad hotelera que se explota en el complejo conocido como HOTEL MARINAS DE NERJA.

i) Los **activos inmobiliarios** eran propiedad de la Compañía Frías de Nerja, S.A. (en adelante, "Frías de Nerja") que se vio inmersa en una serie de procedimientos judiciales que dieron lugar a la venta, judicial y extrajudicial, de parte de aquellos activos, los cuales fueron adquiridos por diferentes fondos entre los que se encuentran la propia actora Smarttia y otros fondos como The Blackstone Group.

j) La **actividad hotelera** era gestionada desde el 1 de enero de 2010, mediante un contrato de arrendamiento por la compañía Apartur Marinas de Nerja, S.L. (en adelante, "Apartur").

Según puede constatarse en el contrato indicado, FRIAS DE NERJA cedía a APARTUR la explotación de la totalidad de las instalaciones del complejo hotelero en régimen de arrendamiento durante un plazo de 15 años a contar desde su firma (prorrogables por periodos anuales, salvo manifestación en contrario de cualquiera de las partes, hasta alcanzar el máximo de 5 anualidades).

Como contraprestación, APARTUR debía atender al pago a FRIAS DE NERJA de la renta anual de 681.818,18 € más IVA (o lo que es lo mismo 825.000 € -IVA incluido-), siendo declarado este precio por las partes como definitivo para toda la vigencia del contrato.

l) Según explica Smarttia en su demanda, la oportunidad de negocio debía materializarse a través de dos fases diferenciadas:

Una primera fase en la que se procedería a adquirir un 65,65% de los activos integrados por el mencionado apartahotel, así como por la totalidad de las participaciones sociales de APARTUR.

Una segunda fase en la que se completaría la adquisición de la totalidad de los activos señalados

La actora- según su versión- había previsto la adquisición de la totalidad de los activos por 21.817.382 euros y la adquisición de las participaciones de Apartur por 4.634.489 euros.

El coste total de la operación sería- según los cálculos de la actora- de 28.160.635 euros, ya que habría que añadir 1.709.146 euros de gastos.

m) Dado que la actora no tenía experiencia en el sector, en abril de 2017 contrató a CBRE Real Estate (en adelante "CBRE") para que le asesorara en el proceso de compra de activos y de búsqueda de un gestor para la explotación de la actividad hotelera.

El 18 de abril de 2017 CBRE elaboró una propuesta de servicios que fue aceptada por Smarttia (doc. 11 de la demanda).

Según la actora y resultado del citado documento núm. 11 de la demanda, los servicios contratados a CBRE consistieron en una primera fase en una "Due Diligence" que proporcionara una visión global del activo y del negocio hotelero que en el mismo se desarrollaba desde el punto de vista comercial, técnico y urbanístico, y una segunda fase o de búsqueda de Operador, que culminaría con la búsqueda de un operador que gestionase dicho activo. Parte de su importe se corresponde a la factura doc. núm. 15 de la demanda, por importe de 28.032,17 euros.

CBRE VALUATION ADVISORY, S.A. hizo una primera tasación fechada el 12 de septiembre de 2017, y que cuantificaba el negocio en la suma de 32.514.797,46 euros. La valoración fue realizada bajo la hipótesis de que el edificio del complejo destinado al uso de hotel se adaptase a uso residencial, contemplando la posible comercialización y venta de cada una de las unidades integrantes del mismo de manera individualizada, y valorando la rescisión del contrato de arrendamiento existente en ese momento entre FRIAS DE NERJA y APARTUR (doc. 12 de la demanda), su importe corresponde a las facturas, documentos 14 y 16 de la demanda, importe 4.840,00 euros y 2.420,00 euros.



A instancias de Smarttia, el 5 de octubre de 2017, la compañía Jones Lang LaSalle España, S.A. (en adelante, "JLL") emitió un segundo informe de tasación, valorando los activos en la suma de 33.820.000,00 euros sujeto a la obtención de un acuerdo de gestión con un nuevo operador (importe de la factura, doc. núm. 17 de la demanda 28.032,17).

n) Nuevamente según la actora, para el pago de los servicios de asesoramiento los asesores de Smarttia asumieron gastos por importe de 149.532,59 euros (IVA incluido). Entre ellos se incluyen dos importes cuya factura no precisa los servicios prestados y la relación con esta operación. El primero de Kroll Associates Iberia, S.L. por importe de 15.972,00 € (factura doc. 18 de la demanda) y, el segundo, de la firma de abogados DLP Piper Spain S.L.U (factura doc. núm. 17 de la demanda) por importe de 58.487,12 euros.

ñ) Smarttia adquirió, entre el 30 de junio y el 15 de diciembre de 2017, 484 m² repartidos entre las fincas registrales nº 16.937 y 17.613 que conforman el reiterado complejo hotelero en el que estaba interesada, y que hoy representan un valor de mercado aproximado de 500.000 euros. Dichas fincas pertenecen actualmente a la Compañía Smarttia Spain Re Hotel Málaga Marinas de Nerja S.L.U.

D) Las negociaciones con "GRUPO ONA" y el pacto de confidencialidad.

o) En el proceso de selección de una empresa capaz de explotar el complejo hotelero, CBRE contactó con el Grupo Ona a quien pidió una oferta comercial por la explotación de la actividad hotelera, para lo cual debía tener acceso a toda la información empresarial necesaria.

p) De forma previa a la entrega de dicha información Gaspar , en nombre de Grupo ONA, firmó un compromiso de confidencialidad el 30 de mayo de 2017, mediante el cual se obligaba a no utilizar la información que recibiese para otro fin que no fuera elaborar una oferta de explotación del hotel.

q) Una vez firmado dicho compromiso CBRE entregó a Gaspar los informes de valoración elaborados por la propia CBRE y JLL y permitió el acceso de Gaspar a las instalaciones y a los trabajadores del hotel, para que le proporcionaran la información que necesitara. Ahora bien, es controvertido entre las partes cuál fue el contenido y naturaleza confidencial de la información realmente proporcionada.

r) Grupo ONA, tras haber analizado la totalidad de la documentación e información puesta a su disposición, elaboró un plan de negocios de la actividad para los años 2017-2026 que fue remitido por correo electrónico a Antonio Fernández- Montells, representante de Smarttia, el 5 de octubre de 2017 (doc. 35).

s) Gaspar , en su condición de CEO de *Ona Corporation & Onahoteles*, envió un documento firmado a CBRE el 15 de junio de 2017 con una primera oferta de arrendamiento del apartahotel que consistía en la cantidad de 1.800.000€ anuales netos de renta fija mínima, así como una renta variable en función de los ingresos netos obtenidos por la explotación, que oscilaba entre 1.800.000€ anuales a 2.100.000€ anuales (doc. 37 de la demanda).

t) En dicho documento se dice que:

« La sociedad del grupo que firmaría el acuerdo de arrendamiento sería la entidad mercantil Clubotel La Dorada SLU (con CIF B61502035) (...) Es la sociedad matriz de la rama de todas las gestoras del Holding Ona First Cap SL»

u) Esta oferta fue inicialmente rechazada, lo que dio lugar a una segunda oferta en fecha 22 de agosto de 2017, en la que se aumentaba en 100.000,00 € el importe mínimo de renta neta anual garantizada (1.900.000,00 €), ofreciendo igualmente una renta variable en función de los ingresos netos que se obtuvieran en la explotación de la actividad. Dicho documento (doc. 38 de la demanda) estaba firmado por Íñigo , presidente de Ona Corporation y se señalaba la misma sociedad, como la futura gestora de la actividad.

v) El periodo de vigencia propuesto por Grupo ONA seguiría siendo el de 12 años que, a diferencia de su anterior propuesta, serían de obligado cumplimiento para ambas partes, pudiendo la arrendataria no obstante resolver el contrato a partir del tercer año de vigencia, con un preaviso de 6 meses, únicamente en caso de acumulación de pérdidas durante dos ejercicios consecutivos.

E) La compra de las participaciones de APARTUR a IRIDIUM RISING INVESTMENTS S.L.

x) El 4 de julio de 2018 la familia Mauricio vendió la totalidad de las participaciones sociales de APARTUR, que gestionaba el complejo hotelero, a la sociedad Iridium Rising Investments S.L., por el precio de 5.700.000 euros. Dicha sociedad había sido constituida por 27 de abril de 2018 como socia única por Adelaida , divorciada de Jose Daniel , así como socia y apoderada de la demandada First Ona Cap.



y) De las cuentas anuales del ejercicio 2019 resulta que First Ona Cap, página 34 de la memoria, reconoce expresamente que Iridium Rising Investments S.L., es una sociedad vinculada, y lo mismo se indica en las cuentas anuales del mismo ejercicio de Clubotel la Dorada S.L., página 25 de la memoria.

z) Pero es que, además, de las cuentas de dicho ejercicio de Clubotel la Dorada, que pertenece al cien por cien a First Ona Cap, aparece que es la nueva propietaria del cien por cien del capital social de Apartur, que adquirió de Iridium en diciembre del 2019.

4. La demandada alega, en primer término, que la acción ejercitada estaría prescrita. En segundo término, niega que el pacto de confidencialidad fuera suscrito por First Ona Cap, ya que mantiene que Gaspar no tenía la representación de la demandada. Por último, niega que se entregara información que pudiera de ser calificada de secreta, lo que determinaría -a su entender- la nulidad del pacto de confidencialidad, que, en su caso, haya infracción de aquel pacto por parte de la demandada y que dicha infracción haya ocasionado los daños reclamados.

TERCERO. La prescripción de la acción de competencia desleal.

5. La actora Smarttia considera que First Ona Cap ha cometido un acto de competencia desleal al explotar en beneficio propio la información secreta que le fue proporcionada por CBRE sobre la explotación del complejo hotelero, comprando, por medio de una empresa vinculada, Iridium, las participaciones de Apartur. Se apoya en lo dispuesto en el art. 13.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), en su redacción anterior a la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, según la cual "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 (...)".

6. La demandada sostiene, como hemos anticipado, que la acción está prescrita, de conformidad con lo previsto en el art. 35 LCD, al haber transcurrido más de un año desde que pudieron ser ejercitadas. La demandada sitúa el inicio del cómputo del plazo en el momento en que compran las participaciones de Apartur por Iridium el 4 de julio de 2018, y sostiene varias hipótesis diferentes. En primer lugar, sostiene que cuando CBRE cede sus derechos sobre el pacto de confidencialidad a Smarttia, en mayo de 2020, la acción ya había prescrito. En segundo lugar, mantiene que sucedería lo mismo si el cómputo final se sitúa cuando se presentó la demanda el 17 de julio de 2020. En tercer lugar, alega que la acción igualmente estaría prescrita si computamos el plazo desde que la operación fue conocida por Smarttia, que sitúa en tres momentos diferentes: en el mismo momento en que se hizo, julio del 2018, en el momento en el que se envió un burofax en el año 2018 (doc.55) o desde la fecha de las mismas diligencias preliminares del mes de Julio del año 2019.

7. En esa hipótesis, la demandada olvida que quien ejercita la acción es Smarttia. Lo hace porque sostiene que el demandado ha utilizado en su provecho información confidencial de su propiedad. El plazo de prescripción de un año de la acción no puede empezar a computar hasta que el actor toma conocimiento de la compraventa de participaciones, es decir, del acto concurrencial presuntamente ilícito. El art. 32.1 LCD establece que el plazo no empieza a computarse hasta que "el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal".

8. Pues bien, Smarttia formuló un primer requerimiento fehaciente a First Ona Cap, que fue entregado el 30 de noviembre de 2018 (doc. 55 de la demanda), reclamando una indemnización por los perjuicios causados por la mencionada operación de compra, del que se desprende que tenía conocimiento de la compraventa. A continuación, presentó unas diligencias preliminares 2 de mayo de 2019 para que Iridium entregase la copia de la escritura de compraventa de las participaciones, y no es hasta el 4 de julio de 2019 cuando se entrega. La solicitud de las diligencias interrumpe nuevamente la prescripción, para volver a computarse el plazo desde que se notifica el resultado de estas, pero ese plazo se vuelve a interrumpir con un segundo burofax entregado a First Ona Cap el 21 de noviembre de 2019. Por lo tanto, cuando se presentó la demanda el 17 de julio de 2020 la acción no estaba prescrita.

CUARTO. La legitimación pasiva de First Ona Cap.

9. Como hemos dicho, la actora Smarttia considera que First Ona Cap ha cometido un acto de competencia desleal al explotar en beneficio propio la información secreta que le fue proporcionada por CBRE sobre la explotación del complejo hotelero, comprando, por medio de la empresa vinculada Iridium, las participaciones de Apartur. A su juicio, la demandada ha incurrido en el supuesto previsto en el art. 13.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), en su redacción anterior a la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, que sancionaba "la (...) 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 (...)". De conformidad con el art. 34.1 LCD "las acciones previstas en el artículo 32 podrán



ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización".

10. Según la versión de la demandante, First Ona Cap accedió a información secreta de Smarttia, relativa a la gestión económica del Hotel Marinas de Nerja, de forma reservada, al firmar con CRBE el mencionado pacto de confidencialidad, e hizo un uso ilegítimo de dicha información para hacer adquirir, a través de una empresa vinculada (Iridium), las participaciones de Apertur, sociedad gestora del complejo hotelero, que Smarttia pretendía adquirir.

11. La demandada niega que fuera First Ona Cap la sociedad que asumiera el pacto de confidencialidad y, por tanto, recibiera la información reservada. El documento- sigue explicando la demandada- está firmado por Gaspar , que en ese momento no tenía poder de representación de First Ona Cap. Pero además está firmado en nombre de " *Ona Corporation*", que no es más que una especie de nombre comercial del grupo de empresas, grupo que carece de personalidad jurídica.

12. El argumento de la demandada no puede ser más inconsistente. El documento núm. 31 de la demanda, de fecha 30 de mayo de 2017, lleva por título " *Acuerdo Confidencial*" y tiene forma de carta enviada al "Estimado Sr. Barrau". Está firmada por Gaspar que se identifica, de puño y letra, como " *Director de Expansión*" de " *Ona Corporation*" con e-mail *nacho.barrau@onacorporation.com*. La demandada reconoce que *Ona Corporation* es un nombre que se usa en el tráfico mercantil. Así en su contestación a la demanda dice que:

"Que "GRUPO ONA", como el resto de denominaciones comerciales referidas en la Demanda (Ona Hotels, Ona Corpoación, etc.), son meros nombres utilizados en el tráfico comercial y por tanto carecen de cualquier tipo de personalidad jurídica propia".

13. Curiosamente la demandada omite en su argumento un dato fundamental, la identidad de la persona a quien identifica ese nombre en el tráfico mercantil. Ya sabemos que un nombre carece de "personalidad jurídica", pero se utiliza en el tráfico para identificar a alguien que sí tiene personalidad, sea una persona física o jurídica. La demandada, que es quien ha creado y utiliza esos nombres comerciales en el tráfico, se muestra renuente en su contestación a identificar la sociedad que denominan. Esa actitud solo puede ser entendida como el intento de ocultar el nombre de la empresa matriz del grupo que es First Ona Cap SL.

14. A nuestro entender, de las pruebas documentales aportadas se desprende que el pacto fue firmado entre CRBE y First Ona Cap. La prueba determinante de la intervención de la demandada la encontramos en las dos ofertas de arrendamiento a las que hemos hecho referencia en los hechos no controvertidos s) y u). La primera de las ofertas fue firmada por Gaspar , ahora en su condición de *CEO de Ona Corporation & Onahoteles*, y la segunda por Íñigo , como *presidente de Ona Corporation*. Pero en ambos se incluye el siguiente apartado:

« La sociedad del grupo que firmaría el acuerdo de arrendamiento sería la entidad mercantil Clubotel La Dorada SLU (con CIF B61502035) (...) Es la sociedad matriz de la rama de todas las gestoras del Holding Ona First Cap SL»

15. De este párrafo se desprende que First Ona Cap, que es la sociedad holding del grupo Ona, es quien decide qué sociedad de su grupo, concretamente la sociedad Clubotel La Dorada SLU, sería encargada de llevar la gestión y suscribir el contrato. La primera de las ofertas está suscrita nuevamente por Gaspar , aunque esta vez se atribuye la condición de *CEO de Ona Corporation & Onahoteles*, pero es que la segunda esta suscrita por Íñigo , como *presidente de Ona Corporation*, y cuya condición de administrador de First Ona Cap no se ha discutido . Si quien hace la oferta es First Ona Cap, lo lógico es pensar que es quien asumió el compromiso de confidencialidad. En todo caso, nos permitiría suponer que es la empresa que ordenó la vulneración del pacto y la adquisición de las participaciones.

16. En todo caso, el argumento es profundamente abusivo, ya que la parte que ha ocasionado la confusión sobre la identidad de la sociedad que asume el pacto de confidencialidad no se puede beneficiar de las dudas que ella misma ha generado. Pero además es pueril creer que un argumento tan formal pueda prosperar ante un tribunal de justicia que crea en su función de tutelar de forma efectiva los derechos de los ciudadanos.

QUINTO. La información recibida como secreto empresarial.

17. Uno de los hechos que resulta controvertido es la información que CBRE entregó o puso a disposición First Ona Cap, así como si se trataba o no de información confidencial. No es controvertido que después de la firma del compromiso de confidencialidad CBRE entregó a Gaspar los informes de valoración elaborados por la propia CBRE (documento núm. 12 de la demanda) y JLL (documento número 13 de la demanda) y que permitió el acceso de Gaspar a las instalaciones y a los trabajadores del complejo hotelero, para que le proporcionaran la información que necesitara.



18. La actora sostiene que después de la firma del compromiso de confidencialidad además de los mencionados informes, CBRE entregó el plan de negocio (cuenta de explotación) que había realizado por encargo de Smarttia sobre los datos obtenido del " data room" que habían organizado los propietarios del hotel (familia Mauricio) (testigo Juan Pedro de CBRE video 5, minuto 30, a preguntas del juez).

19. Efectivamente como documento número 36 de la demanda se aporta dicho plan de negocio, que precisamente está firmado por Gaspar , pero ha sido elaborado por CBRE. Ese plan de negocio contiene datos sobre ingresos de explotación, gastos departamentales, del resultado de explotación, del estudio de inversión en FF&E histórico y futuro, proyecciones del hotel durante 10 años, del EBITDA del negocio, en crecimiento todos los años con una previsión para el año 2017 de 1.728.1000 € y de 2.236.700 € para el año 2026. En palabras del testigo Sr. Juan Pedro de CBRE, su encargo consistía en averiguar qué renta se podía pagar por el alquiler del hotel, para después buscar en el mercado un operador (en este caso Ona hoteles) que estuviera dispuesto a pagarla (video 5, minuto 31).

20. Hay una cierta polémica sobre el listado de los trabajadores, con sus datos profesionales y salariales. Del documento núm. 34 de la demanda se desprende que dicho listado fue proporcionado directamente por la administración del hotel a Gaspar y que éste lo reenvía a Carlos Alberto de Smarttia. Ahora bien, dicha información se proporciona a Gaspar en el marco de su visita al hotel. No es una información que tuviera el Sr. Gaspar antes de la firma del compromiso de confidencialidad, suscrito en el marco de las negociaciones entre Smarttia y First Ona Cap sobre la explotación del hotel. La prueba de ello es que Gaspar se la reenvía a Carlos Alberto (Smarttia) para incorporar al eventual contrato de arrendamiento. Hay que recordar que Gaspar (doc. 35 de la demanda) al enviar el plan de negocio señala la importancia de esos datos para la operación. En su mensaje reenviando ese listado se dice que "El lunes nos reuniremos internamente para valorar en mayor profundidad **los despidos** y poder así cuantificar un monto más preciso". Es decir, los datos salariales y demás datos de los trabajadores eran necesarios para poder precisar la oferta por el alquiler del hotel.

21. En todo caso, los datos proporcionados a First Ona Cap le permitieron elaborar su propio plan de negocio (documento núm. 35 de la demanda) y dos ofertas para alquilar el hotel.

22. Como ya habíamos advertido en alguna otra sentencia, la legislación nacional no definía qué era secreto empresarial, por lo que este Tribunal se remitía a lo dispuesto en el artículo 39.2. a) y b) del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, BOE de 4 de enero de 1995), que utiliza el término de información no divulgada. Sin embargo, actualmente ese vacío se ha cubierto con la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (LSE), en vigor desde el 13/03/2019, que ha traspuesto la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. Es obvio que la Ley no puede aplicarse de manera retroactiva a situaciones anteriores si con ello perjudicamos los derechos de las partes implicadas, tal y como prevé la DT 1ª del Código Civil, pero en la medida que esta norma viene a cubrir un vacío legal resulta lógico aplicarla, en tanto que no contradiga la interpretación que de secreto empresarial se venía haciendo. A lo que hay que añadir que la regulación, lógicamente respeta lo dispuesto en el citado ADPIC.

23. El art. 1 LSE establece que:

"A efectos de esta ley, se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;

b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y

c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto."

24. Un secreto empresarial es pues una "información" tecnológica, científica, industrial, comercial, organizativa o financiera que cumple tres requisitos: ser secreta, tener un valor económico por sí misma y respecto de la cual se hayan adoptado medidas razonables para mantener su confidencialidad.

25. En primer lugar, conviene aclarar, que el titular de la información que CBRE proporcionó a First Ona Cap era Smarttia, puesto que CBRE había recopilado y tratado dicha información por encargo de esta última.

26. El juez de primera instancia considera que no se había descrito en el acuerdo de confidencialidad los documentos de los que se había dado traslado a First Ona Cap y que tampoco se había acompañado esa documentación a la demanda, lo que no le permite valorar su naturaleza pública o secreta. Aunque entendemos su punto de vista, no podemos compartir dicha valoración, ya que creemos que existen pruebas



documentales suficientes del contenido de la información proporcionada a First Ona Cap. Esa información consintió esencialmente en los informes de valoración a los que hemos hechos referencia, el plan de negocio elaborado por CRBE (con todos los datos económicos de la explotación del hotel que incluye) y los datos salariales y profesionales de los trabajadores. Ello, como hemos dicho, permitió a First Ona Cap elaborar un plan de negocio con datos precisos sobre ingresos y gastos, así como dos ofertas sobre la renta a pagar para el alquiler del hotel.

27. Esa información comercial y económica no era pública, era reservada. Solo estuvo a disposición de First Ona Cap después de firmar un acuerdo de confidencialidad con CRBE, no estaba a disposición de los operadores hoteleros en general, que serían el círculo de usuarios de dicho tipo de información. Esos datos se pusieron a disposición de First Ona Cap, después de firmar aquel acuerdo, ya que fue la sociedad que CRBE había seleccionado, por cuenta de Smarttia, para iniciar las negociaciones sobre la explotación del complejo hotelero.

28. Es posible que First Ona Cap hubiera podido conocer algunos de esos datos si hubiera entablado directamente negociaciones con Apartur o la familia Mauricio, como los datos de los trabajadores, pero eso no hace públicos esos datos. En todo caso, hay que destacar dos extremos, primero, que los informes mencionados, informes de valoración o plan de negocios de CRBE, no eran informaciones que hubieran estado a disposición de Apartur o de la familia Mauricio. Segundo, que First Ona Cap no pide los datos a Apartur directamente, sino que los obtiene después de haber firmado el acuerdo de confidencialidad con CRBE.

29. Esa información, como hemos dicho, permitió a First Ona Cap elaborar un propio plan de negocio y dos ofertas para el alquiler del hotel, lo que pone de manifiesto que era una información completa y valiosa.

30. El tercero de los requisitos es que su titular la haya protegido razonablemente para preservar su carácter secreto. Es en este punto donde el acuerdo de confidencialidad se convierte en un elemento clave. CBRE condiciona la entrega o puesta a disposición de la información reseñada a la firma de un compromiso de confidencialidad, compromiso que acepta, como hemos explicado, First Ona Cap mediante la firma de Gaspar. Mediante dicho compromiso First Ona Cap: Primero, reconoce la titularidad de la información, en el compromiso número 5. Segundo, se obligó a tratar la información suministrada de forma estrictamente confidencial y a utilizar esta con el único fin de evaluar la posibilidad de presentar una propuesta de una oferta de arrendamiento del negocio expuesto. Ese compromiso constituye un medio razonable para preservar la confidencialidad de la información.

31. Es absolutamente irrelevante que el mencionado acuerdo no esté firmado por CRBE, ya que el único que se obliga es First Ona Cap, quien firma el documento, como bien explicó el testigo Sr. Juan Pedro.

32. La cesión de los derechos derivados de dicho acuerdo lo único que hace es reafirmar o aclarar los derechos de Smarttia. Hay que recordar que CRBE actuó como agente de Smarttia buscando un posible interesado en el alquiler del hotel que Smarttia pretendía adquirir y que el titular de la información proporcionada a First Ona Cap era Smarttia. Lo que hace CBRE es actuar profesionalmente y proteger los intereses de su cliente (Smarttia), condicionando la entrega de la información de sus clientes a la firma de un compromiso de confidencialidad por parte de First Ona Cap. La adopción de esa medida lo que hace es proteger la información de Smarttia. Ello no impide que trate, al mismo tiempo, de proteger sus propios intereses como comisionista, pero ese dato, a nuestros efectos es irrelevante.

SEXTO. La explotación e infracción del secreto empresarial.

33. La actora sostiene que la demandada, haciendo uso de dicha información, compró las participaciones de Apartur a la familia Mauricio. Efectivamente, disponer de todos los datos relacionados con la explotación del hotel, obtenidos después de la firma del pacto de confidencialidad, permite a un interesado como First Ona Cap realizar una oferta razonable, basada en datos ciertos.

34. La compra no la hizo First Ona Cap directamente, pero si una empresa vinculada a la misma, vinculación que proviene de la relación entre los socios, pero es que fue reconocido expresamente en las cuentas del 2019 de First Ona Cap dicha vinculación.

35. La actora al inicio del juicio celebrado en primera instancia, introdujo varios hechos nuevos posteriores a la audiencia previa celebrada el 17 de mayo de 2021, en concreto los siguientes:

El depósito en fecha 9 de septiembre de 2021, de las cuentas anuales consolidadas de la matriz demandada, FIRST ONA CAP, correspondientes al ejercicio 2019.

El depósito en fecha 17 de agosto de 2021, de las cuentas anuales de CLUBOTEL LA DORADA S.L., sociedad 100 % dependiente de FIRST ONA CAP, correspondientes al ejercicio 2019.



El depósito en fecha 8 de junio de 2021, de las cuentas anuales de APARTUR MARINAS DE NERJA S.L., sociedad 100 % dependiente de CLUBOTEL LA DORADA, correspondientes al ejercicio 2019.

36. Según dichos documentos, concretamente las cuentas anuales de First Ona Cap, página 34 de la Memoria, se señala expresamente que Iridium Rising Investments S.L., es una sociedad vinculada, y lo mismo se indica en las cuentas anuales de Clubotel la Dorada S.L., página 25 de la Memoria. Pero es que además Clubotel la Dorada aparece como propietaria del cien por cien del capital social de Apartur que adquirió de Iridium en diciembre del 2019, sociedad que a su vez pertenece al cien por cien a First Ona Cap. La demandada ha dejado trascorrir dos momentos oportunos para aclarar esos hechos. En primer lugar, el acto del juicio, cuando se limitó a expresar su sorpresa, la extemporaneidad de las alegaciones y su impertinencia. En segundo lugar, en la oposición al recurso de apelación. Es evidente que los hechos son nuevos y relevantes, ya que demuestran de forma indiscutible la vinculación entre First Ona Cap y la compra de Apartur por el grupo.

37. En consecuencia, hemos de considerar acreditado que la demandada, después de haber tomado conocimiento de los datos comerciales y económicos relacionados con la explotación del hotel y haciendo uso ilícito de estos, al violar el compromiso de confidencialidad, compró a través de una empresa vinculada las participaciones de Apartur.

38. El art. 32.2. de la LSE establece que "la utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran ilícitas cuando, sin el consentimiento de su titular, las realice (...) quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial". Así pues, la ley actual considera una violación de secretos empresariales la utilización de dichas informaciones secretas, cuando se haya hecho con infracción de lo establecido, como en este caso, un pacto de confidencialidad. Este tipo de infracción puede encuadrarse en la explotación de secretos a los que se refería el art. 13 LCD citado. Lo que nos lleva a considerar que la demandada ha incurrido en el ilícito concurrencial previsto en el antiguo art. 13 LCD por explotar los secretos obtenidos con deber de reserva para hacer la oferta de compra de las participaciones de Apartur.

SEPTIMO. Los daños y perjuicios.

39. La actora reclama a la demandada una indemnización por los perjuicios causados que consisten en la pérdida del negocio de explotación del hotel, que valora pericialmente en 6.904.440,02, correspondiente a la ganancia dejada de percibir y 123.580,65 euros correspondientes a los gastos relacionados con la viabilidad del negocio. Respeto de la primera cifra correspondiente al lucro cesante se ha reducido también pericialmente (adenda al informe de la actora presentada el 7 de mayo de 2021) a 5.503.214,22 euros de forma principal, y de forma subsidiaria a la suma de 4.151.196,96 euros, descontando de los ingresos previsibles durante los años del contrato de arrendamiento los gastos de conformidad con la segunda de las ofertas presentadas por First Ona Cap.

40. La demandada, en primer término, sostiene que Smarttia no tenía capacidad financiera para adquirir los activos inmobiliarios del hotel, por lo que no podía ejecutar el plan de previsto (adquirir los inmuebles y alquilar la gestión hotelera). Para llegar a esa conclusión se apoya en un estudio de un perito Grupo Siget según el cual, Smarttia no tenía capacidad económica para abordar dicha operación. Lo cierto es que el informe es inútil, puesto que no tiene en cuenta otros datos que los que resultan de las cuentas anuales de la compañía y no analiza la posibilidad de la financiación por terceros o empresas del propio grupo al que pertenece Smarttia. La conclusión no es lógica, ya que sería absurdo que la demandada, compañía experta con amplia experiencia en el sector le hubiera hecho dos ofertas para arrendar el hotel por la nada despreciable cifra de 1.900.000 euros anuales, durante doce años, a una compañía que no tuviera opciones reales para controlar el activo inmobiliario. Sencillamente es incomprensible que First Ona Cap se aviniese a negociar esa operación si no hubiera creído en sus posibilidades.

41. El informe pericial de la demandada está de acuerdo con el importe de 123.580,65 euros correspondiente a los daños valorados en el informe pericial de la actora (pág. 21), puesto que derivan de las facturas de los gastos de asesoramiento. Ese importe se corresponde con la suma facturada sin IVA. Hay que señalar que la actora en su recurso se equivoca de cantidad y opta por la suma con IVA, pero esta no es la que fijan los peritos.

42. En lo que discrepan los peritos es en la determinación del lucro cesante. En primer lugar, la demandada considera que el contrato solo se habría mantenido los tres primeros años, a partir de los cuales el arrendador podía resolverlo. El perito entiende que dada la situación de pandemia el arrendador, es decir, la demandada hubiera optado por resolver la relación. En segundo lugar, la renta se componía de una parte fija y otra variable, sobre esta segunda parte hay datos de dos informes del de CRBE y del de JLL que calcula unos variables inferiores. Por último, como consecuencia de la pandemia la demandada aplica una tasa de descuento superior a la aplicada por el perito de la demanda.



43. La segunda de las ofertas de First Ona Cap era un arrendamiento por doce años, aunque podía resolverse a instancias del arrendador cumplido el tercer año en el caso que acumulase pérdidas durante dos ejercicios consecutivos tras el pago de la renta anual. Es indiscutible que la situación de la pandemia ha afectado plenamente al sector turístico, pero no por ello consta que los demandados que gestionan con un contrato de arrendamiento el complejo hotelero hayan renunciado a éste. La actora presentó un nuevo informe (adenda) en el que se reduce la renta al 50% durante el periodo central de la pandemia, de marzo de 2020 a septiembre de 2021, y reduce el importe del hipotético lucro a la suma de 5.503.214,22 euros, hipótesis que nos parece más razonable, teniendo en cuenta que, como hemos dicho Apartur, ahora en manos de First Ona Cap, sigue gestionado el hotel a pesar de la pandemia.

43. Teniendo en cuenta que cuando hablamos de lucro cesante no hablamos más que de una hipótesis razonable o probable, creemos que aceptar la reducción, que de forma subsidiaria propone la actora, aplicando la tasa de descuento mayor que plantea el perito de la demandada, nos asegura fijar una indemnización equitativa. Por lo que debemos aceptar únicamente ese ajuste.

44. En consecuencia, procede fijar la indemnización en la suma de 123.580,65 euros por daños causados por la frustración del negocio y en la suma de 4.151.196,96 euros por lucro cesante. Un total de 4.274.777,61 euros.

OCTAVO. Costas.

45. La estimación del recurso nos lleva a estimar sustancialmente la demanda, lo que hace que debamos imponer las costas al demandado, conforme lo previsto en el art. 394 LEC.

46. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Smarttia Spain S.L contra la resolución del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona de fecha 12 de enero de 2022, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca, y en consecuencia, se estima sustancialmente demanda de Smarttia y se declara que First Ona Cap ha incurrido en una conducta desleal por explotación de los secretos empresariales de la actora y, en consecuencia, se condena a First Ona Cap a pagar a la actora la suma de 4.274.777,61 euros como indemnización, suma que devengará los intereses legales incrementados en dos puntos desde la fecha de la presente resolución si no se hace efectiva en periodo voluntario, condenado a la actora al pago de las costas de primera instancia y sin hacer especial imposición de las costas del recurso con devolución del depósito.

Contra la presente resolución podrán las partes interponer en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación recursos de casación y/o extraordinario por infracción procesal ante este mismo órgano.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.