



Roj: **SAP B 12137/2023 - ECLI:ES:APB:2023:12137**

Id Cendoj: **08019370082023100467**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **8**

Fecha: **13/10/2023**

Nº de Recurso: **88/2023**

Nº de Resolución: **675/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento abreviado**

Ponente: **LUIS JUAN DELGADO MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN OCTAVA

BARCELONA

Rollo Apelación Penal núm. **88/2023**

Procedimiento Abreviado núm. 287/2022

Juzgado de lo Penal núm. 28 de Barcelona

SENTENCIA N.º.

Ilmas. Señorías:

Presidente

D. José María Planchat Teruel

Magistrados

D. Miguel Ángel Ogando Delgado

D. Luis Juan Delgado Muñoz

En la Ciudad de Barcelona, a trece de octubre de dos mil veintitrés

VISTO ante esta Sección el Rollo de apelación nº **88/2023**, formado para sustanciar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 28 de los de Barcelona, en el Procedimiento Abreviado nº 287/2022 de los de dicho órgano Jurisdiccional, seguido por delito de revelación de secreto empresarial; siendo parte apelante la acusada, Erica , ya referenciada, y parte apelada el Ministerio Fiscal, actuando como Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Luis Juan Delgado Muñoz, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal indicado en el encabezamiento y con fecha 18 de noviembre de 2022 se dictó sentencia en cuyos hechos probados se hace constar literalmente que: <<Resulta acreditado que la acusada, Erica , entre julio y octubre de 2019 estuvo contratada como empleada directiva al cargo de tareas de administración, recursos humanos y comunicación del Grupo Empresarial Neoelectra S.A., habiendo suscrito anexo a su contrato laboral por el cual asumía obligaciones adicionales en cuanto al uso de la red corporativa informática, de acceso a internet y del correo electrónico asignados por su empleador, así como prohibiciones específicas, sin superar el período de prueba a criterio de la empresa y extinguiéndose la relación laboral por tal motivo en fecha 9 de octubre de 2019, si bien con anterioridad y en contra de las obligaciones explícitamente asumidas, desde el correo corporativo DIRECCION000 remitió dos mensajes al correo de empresa de su entonces marido, Sergio , DIRECCION001 , responsable de gestión y dirección administrativa



de Pentrilo S.A., concretamente a las 21.14 horas del 27 de agosto de 2019 y a las 11.50 horas del 18 de septiembre de 2019 con títulos de asuntos "Fwd info web conade" y "este es el correcto", respectivamente. El primero incluía conversaciones con los trabajadores Carlos Ramón y Luis Alberto (DIRECCION002 @ y DIRECCION003 @), obtenidos de sus correos de trabajo, todo ello relativo a una propuesta de marketing para una nueva sede del grupo en Chile, con el documento adjunto "Propuesta de acciones de Comunicación y Marketing.doc" y aludiendo al presupuesto de ciento veinte mil euros del grupo para 2020 por esos conceptos, en lo que suponía la primera introducción del grupo en latinoamérica. El segundo, con documento adjunto titulado "Análisis Salarios 18-19.xlsx", que contenía análisis de salarios y base presupuestaria específica de cada sección y sociedad del grupo para 2019, gasto real para cada una a fecha 31 de diciembre de 2018, comparativas presupuestarias de 2018 y proyectada para 2019 y gasto de personal en conjunto del grupo en esos dos años, todo ello información accesible por Erica en función de su alto cargo directivo, limitada para la mayor parte de los trabajadores del grupo. Los correos fueron recibidos correctamente por su destinatario, constan contestados a la remitente y no consta fuera la información ellos contenida utilizada más allá de esa comunicación entre esposa y marido >>.

SEGUNDO.- En la parte dispositiva de la dicha Sentencia literalmente se hace constar: <<Condeno a Erica como autora de un delito de revelación de secreto empresarial, ya definido, a una pena de 2 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y 12 meses de multa con una cuota diaria de 6 euros (2.160 euros), con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas, así como al abono de las costas causadas en el presente procedimiento según lo expuesto en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia. Condeno a Erica al pago de 5.000 euros a favor del grupo empresarial Neoelectra S.A. en concepto de indemnización civil por los daños y perjuicios causados de naturaleza patrimonial, cantidad sobre la que computarán intereses legales incrementados en dos puntos, desde la fecha de esta resolución hasta su completo pago, por eventual demora procesal >>.

TERCERO.- Notificada dicha resolución a todas las partes interesadas, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la acusada, Erica, en cuyo escrito, tras expresar los motivos de impugnación, interesó que se dicte sentencia absolutoria para sus patrocinado con todos los pronunciamientos favorables.

CUARTO.- Admitido a trámite dicho recurso se dio traslado de los mismos al resto de las partes personadas. El Ministerio Fiscal y la acusación particular impugnaron el recurso e interesaron la confirmación de la sentencia. Una vez fue evacuado el trámite, se elevaron las actuaciones a ésta Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona para la resolución del recurso, teniendo entrada las mismas fecha 21 de abril de 2023.

QUINTO.- Recibidos los autos y registrados en esta Sección y sin celebrarse vista pública al no solicitarse ni estimarse necesaria, quedaron los mismos vistos para Sentencia.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se acepta en su integridad el relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ratifican los de la Instancia por ser conformes a la prueba practicada.

SEGUNDO.- La representación procesal de la acusada, Erica, interpone recurso de apelación contra la sentencia recaída en la instancia e interesa el dictado de una sentencia absolutoria con todos los pronunciamientos favorables. Arguye la recurrente vulneración de derecho fundamental de inviolabilidad de las comunicaciones y de la intimidad por acceso a correos electrónicos de su patrocinada, tanto del correo empresarial como particular; en segundo orden, aduce error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del art. 297 del Código Penal ante la ausencia del elemento subjetivo del tipo y la afectación al bien jurídico protegido; en tercer lugar, alega indebida aplicación del art. 279 del Código Penal por error en la valoración de la prueba ante la inexistencia del secreto de empresa; en cuarto lugar, indebida aplicación del art. 297 del Código Penal ante la ausencia del deber de confidencialidad en los hechos probados; y, en último término, indebida aplicación del art. 116 del Código Penal, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del non bis in ídem.

El Ministerio Fiscal no refrenda el recurso de apelación interpuesto y demanda de este Tribunal de Apelación su desestimación y, por ende, debe ser confirmada la sentencia. En el mismo sentido, la representación procesal de la acusación particular que insta la confirmación de la sentencia impugnada.



TERCERO.- El primer motivo de impugnación gravita sobre la alegada vulneración de derecho fundamental de inviolabilidad de las comunicaciones y de la intimidad por acceso a correos electrónicos de su patrocinada, tanto del correo empresarial como particular. Sostiene la recurrente que falta la firma en el documento que legitimara el acceso a su correo electrónico privado o de la empresa y tampoco ha reconocido la firma en los anexos del contrato de trabajo donde figuran las cláusulas de acceso y, en todo caso, hay falta de legitimación en el acceso en virtud de dichas cláusulas porque solo estaría justificado a efectos disciplinarios, es decir, si atendía a las normas de uso, pero su representada ya no trabajaba en la empresa en ese momento, considerando que fue prospectiva ante la ausencia de sospecha fundada de comisión de actividad ilícita durante la relación laboral.

En este contexto ex ante, en que se invoca la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el acceso a los correos electrónicos de la acusada, Erica, cuando la misma ya había cesado en su actividad en la mercantil, conviene traer a colación recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo a raíz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso *Barbulescu c. Rumania*, temática a la que el Tribunal de Estrasburgo ha dedicado su tratamiento en últimos pronunciamientos (videovigilancias: SSTEDH de 28 de noviembre de 2017, Asunto *Antori and Murkon* de 9 de enero de 2018, asunto *López Ribalde* o también examen de un ordenador, asunto *Libert*, STEDH de 22 de febrero de 2018).

Resulta ilustrativa en esta materia de acceso a los correos electrónicos del trabajador por parte del empresario la STEDH, Gran Sala, Caso *Barbulescu contra Rumania*, Demanda nº 61496/08, de fecha 5 de septiembre de 2017 <<119 [...] el Tribunal considera que debe concederse a los Estados contratantes un amplio margen de apreciación al evaluar la necesidad de establecer un marco jurídico que regule las condiciones en que un empresario puede regular las comunicaciones electrónicas o de otro tipo de carácter no profesional de sus empleados en el lugar de trabajo. 120. No obstante, la discreción de que gozan los Estados en este ámbito no puede ser ilimitada. Las autoridades nacionales deben velar por que la introducción por un empresario de medidas para supervisar la correspondencia y otras comunicaciones, independientemente del alcance y la duración de esas medidas, vaya acompañada de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos (véase, *mutatis mutandis*, *Klass* y otros contra Alemania, 6 de septiembre de 1978, párrafo 50, Serie A nº 28, y *Roman Zakharov*, antes citado, párrs. 232-34). 121.

El Tribunal es consciente de la rápida evolución en este ámbito. No obstante, considera que la proporcionalidad y las garantías procesales contra la arbitrariedad son esenciales. En este contexto, las autoridades nacionales deben considerar relevantes los siguientes factores:

- (i) Si se ha notificado al empleado la posibilidad de que el empresario adopte medidas para supervisar la correspondencia y otras comunicaciones, y la implementación de esas medidas. Si bien en la práctica los empleados pueden ser notificados de diversas maneras en función de las circunstancias fácticas particulares de cada caso, el Tribunal considera que para que las medidas se consideren compatibles con los requisitos del artículo 8 del Convenio, la notificación debería normalmente ser clara sobre la naturaleza de la supervisión y darse con antelación;
- (ii) El alcance de la supervisión por parte del empresario y el grado de intrusión en la intimidad del empleado. A este respecto, debe distinguirse entre la monitorización del flujo de comunicaciones y de su contenido. También debe tenerse en cuenta si se han monitorizado todas las comunicaciones o sólo parte de ellas, así como la cuestión de si la monitorización fue limitada en el tiempo y el número de personas que tuvieron acceso a los resultados (véase *Köpke*, citado anteriormente). Lo mismo se aplica a los límites espaciales de la monitorización;
- (iii) Si el empresario ha proporcionado razones legítimas para justificar la monitorización de las comunicaciones y el acceso a su contenido real (véanse los párrafos 38, 43 y 45 supra para una visión general del derecho internacional y europeo en este ámbito). Dado que la monitorización del contenido de las comunicaciones es, por naturaleza, un método claramente más invasivo, requiere una justificación más ponderada;
- (iv) Si hubiera sido posible establecer un sistema de supervisión basado en métodos y medidas menos intrusivos, que el acceso directo al contenido de las comunicaciones del empleado. A este respecto, debería evaluarse, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empresario podría haberse logrado sin haber accedido directamente al contenido completo de las comunicaciones del empleado;
- (v) las consecuencias del control para el empleado sometido a él (véase, *mutatis mutandis*, el criterio similar aplicado en la evaluación de la proporcionalidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión según lo protegido por el artículo 10 del Convenio en el asunto *Axel Springer AG contra Alemania* [GC], nº 39954/08, párrafo 95, 7 de febrero de 2012, con otras referencias); y la utilización por el empresario de los



resultados de la operación de monitorización, en particular si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida (véase Köpke, citado anteriormente);

(vi) Si se habían proporcionado al empleado las garantías adecuadas, especialmente cuando las operaciones de supervisión del empresario eran de carácter intrusivo. Esas garantías deben garantizar, en particular, que el empresario no pueda acceder al contenido real de las comunicaciones en cuestión a menos que el empleado haya sido notificado con antelación de esa eventualidad. En este contexto, cabe reiterar que, para ser fructíferas, las relaciones laborales deben basarse en la confianza mutua (véase Palomo Sánchez y otros, citado anteriormente, párrafo 76)>>.

El Tribunal Supremo, haciéndose eco de la doctrina del TEDH, en su STS 328/2021, de 22 de abril (ROJ STS 1486/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1486), establece que <<el empresario y trabajador pueden fijar los términos de ese control, pactando la renuncia, no ya a la intimidad, sino a la propia inviolabilidad de las comunicaciones. Y allí donde exista acuerdo expreso sobre fiscalización, se estará excluyendo la expectativa de privacidad que, incluso en el ámbito laboral, acompaña a cualquier empleado. Pero la exclusión de esa expectativa ha de ser expresa y consciente, sin que pueda equipararse a ésta una pretendida renuncia derivada de la voluntad presunta del trabajador. El trabajador que conoce la prohibición de utilizar para fines particulares los ordenadores puestos a su disposición por la empresa y, pese a ello, incumple ese mandato, incurre en una infracción que habrá de ser sancionada en los términos que son propios de la relación laboral. Pero esa infracción no priva al trabajador que incurre en ella de su derecho a definir un círculo de exclusión frente a terceros, entre los que se incluye, desde luego, quien le proporciona esos medios productivos. De admitir esa artificial asimilación a la hora de pronunciarnos sobre la legitimidad de la injerencia, estaríamos olvidando la propia naturaleza del contrato de trabajo por cuenta ajena. Los elementos de disponibilidad del derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones no pueden abordarse con quiebra del principio de proporcionalidad. De hecho, la efectiva vigencia de aquellos derechos del trabajador no puede hacerse depender exclusivamente de un pacto incondicional de cesión en el que todo se vea como susceptible de ser contractualizado. Razonábamos en el FJ 7º de la STS 489/2018, que "... la clave de la ilegitimidad de la intromisión y, consiguientemente, de la nulidad probatoria se sitúa en la vulneración de la expectativa de intimidad por parte del trabajador. Una expectativa, basada en un uso social de tolerancia respecto de una moderada utilización personal de esos instrumentos, que, no es ajena a los contenidos de la protección constitucional del derecho a la intimidad". Y con el fin de singularizar la anticipada fijación de los límites del espacio de exclusión de la intimidad, en el ámbito de una relación laboral, frente a lo que acontece en relación con los poderes públicos, apuntábamos lo siguiente: "... hay un relevante signo diferenciador entre el acceso por el empresario y el acceso por agentes públicos; el primero en virtud de sus facultades de supervisión del trabajo que se presta por una relación laboral; los segundos, en virtud de potestades públicas. En el primer caso nos movemos en el marco de una relación contractual entre particulares. La clave estará en si el trabajador ha consentido anticipadamente reconociendo esa capacidad de supervisión al empresario y, por tanto, cuenta con ello; está advertido; es decir, es una limitación conocida y contractualmente asumida. [...] En las relaciones con los Poderes Públicos, sin embargo, no cabe esa "cesión" anticipada o renuncia previa a ese espacio de intimidad virtual. [...] El reconocimiento previo, explícito o implícito, de esa facultad de empresario constituye el punctum dolens la clave, en el ámbito de las relaciones laborales. En una investigación penal lo será la autorización judicial o el consentimiento actual".

Conviene poner de relieve que, en el caso sometido a consideración de la Sala, respecto a este motivo de impugnación ya se ha pronunciado el Juzgado de la instancia al introducirlo la defensa como cuestión previa y que ha sido documentada en la resolución impugnada. Previamente, con ocasión de la resolución del recurso de apelación contra el auto de acomodación procedimental, esta Audiencia Provincial tuvo ocasión de pronunciarse en su Auto, Sec. 10ª, de fecha 4 de abril de 2022, al referir que la parte pudo haberlo alegado durante la instrucción para que fuera resuelto y, en todo caso, será lo procedente someterlo en el trámite de cuestiones previas pero, en todo caso, establece que <<la cuestión ya ha sido analizada durante la instrucción. Como se expone en las cláusulas anexas del contrato firmado por la querellada y en el apartado del uso del correo electrónico se firmó el siguiente contenido "ningún mensaje de correo electrónico será considerado como privado. Se considerará correo electrónico tanto el interno, entre terminales e al red corporativo, como el externo, dirigido o proveniente de otras redes públicas...La empresa se reserva el derecho a revisar, sin previo aviso, los mensajes de correo electrónico a los usuarios de la red corporativa". La documentación que se nos envía para la resolución del recurso, son fotocopias, por lo que desconocemos si en el expediente original está el contrato original, como ya hemos dicho en otros momentos de esta causa. Aparece en la causa la firma de ese documento. La querellada niega que exista y niega haberlo firmado y lo impugna>>.

Ha de partirse de una premisa pues no es objeto de debate la relación laboral existente entre la acusada y la mercantil. Esa vinculación laboral se consta fehacientemente atendiendo al estado de las actuaciones a disposición de la Sala, pues se advierte, a folios 416 a 424, el documento original del contrato laboral,



las cláusulas adicionales y anexas rubricadas con la firma de la trabajadora aquí acusada. Si bien la parte señala que no reconoce la firma de dichas cláusulas, constando copia del contrato con las cláusulas anexas y adicionales desde el inicio de la instrucción lo cierto es que, sin existir razones objetivas para dudar de la veracidad, atendiendo a dicha vinculación laboral existente y que la misma desarrolló de forma efectiva su trabajo por el período establecido, no se ha aportado por la parte el menor indicio de estar ante un documento, que obra original en actuaciones, alterado en parte o que la parte aportara pericial alguna que pusiere de manifiesto que hubiera podido ser alterado.

En dichas cláusulas se establece que los usuarios de los sistemas de información corporativos deberán mantener en todo momento la máxima reserva y no divulgar ni utilizar ni a través de terceras personas o empresas los datos, documentos, metodología, claves, análisis, programas y demás información a la que tengan acceso durante la relación laboral con la compañía, tanto en soporte material como electrónico y cuya obligación continúa vigente tras la extinción del contrato laboral. Asimismo, se establece que, si estuviera en posesión de información confidencial, debe guardar secreto, y que si se utiliza esa información en cualquier formato o soporte de forma distinta a la pactada y sin expreso consentimiento de la empresa puede constituir un delito de revelación de secretos. En relación al uso del correo electrónico, al que nos hemos referido anteriormente en la cita de la resolución previa de la Sección 10ª de esta Audiencia Provincial, se encuentra específicamente previsto y rubricado por ambas partes, a folio 422 de las actuaciones. En virtud de la misma se establece, en síntesis, que la propiedad la ostenta la compañía sobre el sistema informático, la red corporativa y los terminales, que ningún correo será considerado privado y la empresa se reserva el derecho a revisar, sin previo aviso, los mensajes de correo electrónico de los usuarios de la red corporativa y los archivos LOG del servidor, con el fin de velar por el cumplimiento de estas normas y prevenir actividades que puedan afectar negativamente a la empresa como responsable civil subsidiaria.

Atendiendo a lo expuesto, el contrato laboral tuvo plenos efectos, como se acredita con la documental original aportada, cuya suscripción del contrato por la parte no se niega como cierta y respondía a una relación laboral que se desarrolló durante el tiempo establecido. A tenor de lo anterior, siendo que el no reconocimiento esgrimido por la recurrente del contenido y firma se refiere exclusivamente a los anexos y las cláusulas adicionales, antes referidas, en el juego razonable de la distribución de carga de prueba que establece el artículo 217 LEC, ante la existencia de un contrato que despliega sus efectos jurídicos, corresponde a la parte que lo alega, en este caso la defensa, que dichas firmas concretas del anexo y clausulado adicional, pese a ser una adenda al contrato con plenos efectos jurídicos, constando la firma al igual que en el contrato no se correspondía con la suya y, por ende, no la vinculaban, lo que no se efectuó por la parte más allá de las alegaciones efectuadas. Sentado lo anterior, partiendo de la doctrina legal anteriormente referenciada, la acusada, ex ante, en virtud del contrato laboral conocía que debiera guardar reserva y no divulgar información a terceros a la que se haya tenido acceso en la relación laboral y la posibilidad de que la empresa pudiera acceder al correo electrónico para el cumplimiento de estas normas. Por tanto, las partes, en el marco de la relación de confianza así explicitada en el contrato, estaban conformes, al constar sus firmas, con los términos de su contenido y de sus cláusulas adicionales y anexos, por lo que la acusada conocía la posibilidad de que la empresa accediera al contenido de las comunicaciones efectuadas mediante correo electrónico al haberse así establecido en el contrato en tanto que la empresa es la propietaria del sistema informático, la red corporativa y los terminales, sabiendo la acusada que ningún correo será considerado privado y la empresa se reserva el derecho a revisar, sin previo aviso, los mensajes de correo electrónico de los usuarios de la red corporativa y los archivos LOG del servidor, con el fin de velar por el cumplimiento de estas normas y que precisamente fue lo que justificó el volcado notarial, como obra en actuaciones, tras la extinción de la relación laboral y, en atención al contenido de los correos electrónicos, efectuar el correspondiente informe pericial y la presentación de la querrela criminal.

A la vista de lo anterior, el motivo invocado por la parte no ha de prosperar en tanto que no se aprecia la vulneración de derechos fundamentales invocada y la causación de una situación de indefensión efectiva a la parte que abocara a la nulidad.

CUARTO.- El segundo motivo invocado por la apelante es el error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del art. 297 del Código Penal ante la ausencia del elemento subjetivo del tipo y la afectación al bien jurídico protegido. La recurrente fundamenta que nunca tuvo intencionalidad de revelar un secreto de empresa ni de perjudicar a la misma en su capacidad competitiva en el mercado, sino que el envío de esos correos a su marido, también Director General en otra mercantil, a efectos únicamente de que la ayudara en el desarrollo de su nuevo puesto de trabajo.

A tenor de lo anterior, para que pudiera ser acogido como motivo de impugnación el error en la apreciación de la prueba que se invoca en el recurso sería necesario que apareciera de modo palmario y evidente que los hechos en que se ha fundamentado la condena carecieran de todo soporte probatorio o que en manera



alguna puedan derivarse lógicamente del resultado de tales pruebas no pudiendo equipararse a tal error la mera discrepancia en cuanto a la valoración de las mismas, hecha por el Juzgador de instancia en aplicación de lo prevenido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El art. 279 del Código Penal se diferencia del art. 278 del Código Penal en que el autor de los hechos tiene acceso a dicha información y tiene, legal o contractualmente, la obligación de guardar reserva. Por tanto, con la difusión, revelación o cesión del secreto de empresa se consuma el delito, siendo la intención de revelarlo el elemento subjetivo del injusto (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2001), estando ante un delito de peligro, sin la exigencia de otro elemento subjetivo que el de exponer el secreto empresarial a terceros (mediante la difusión, revelación o cesión) y sin que se precise un ánimo específico de perjudicar a la empresa pues basta para su concurrencia que la información confidencial haya sido revelada o difundida a terceros por quien tenía esa obligación de reserva pues supone, per se, una conducta idónea para afectar a la capacidad competitiva de la empresa, el bien jurídico protegido, con independencia de que se quiera o no ese perjuicio por la parte.

En el caso de autos, ha resultado probado que hasta en dos ocasiones la acusada remitió a su marido, vía correo electrónico, información a la que tenía acceso por su alto cargo directivo en la mercantil, sin que ello haya sido negado por la propia acusada y, como se decía, con independencia del ánimo o no de perjudicar a la empresa pues la mera difusión de ese contenido abarca el elemento subjetivo del tipo.

Por lo expuesto, el motivo no ha de prosperar.

QUINTO.- El tercer motivo se refiere a la indebida aplicación del art. 279 del Código Penal por error en la valoración de la prueba ante la inexistencia del secreto de empresa al entender que la documentación remitida al marido de su representada no cumple con los requisitos jurisprudenciales para ser considerado un secreto de empresa y, como cuarto motivo, la indebida aplicación del art. 297 del Código Penal ante la ausencia del deber de confidencialidad en los hechos probados.

El art. 279 CP es un delito especial, en el sentido técnico procesal, porque solo podrán ser sujetos activos del delito las personas concretas que están obligadas a guardar reserva del asunto que se trate en el seno de la empresa. Partimos de un concepto sencillo de secreto de empresa. Es aquella información o datos que puedan afectar a la capacidad competitiva de la empresa, de ser conocidos contra su voluntad. Nuestro Tribunal Supremo identifica como notas que lo caracterizan las siguientes: la confidencialidad, ya que la empresa no quiere que se conozca, su valor o ventaja económica y la exclusividad (AAP Barcelona, Secc. 3, 73/ 2022, de 19 de enero).

Por más que el delito que analizamos, el art. 279 del Código Penal, no es una norma penal en blanco, no podemos despreñar ni mucho menos la actual situación normativa en torno a los secretos de empresa y que gira en torno a La Ley de Secretos Empresariales 11/2019, de 20 de febrero, que entró en vigor el 13 de marzo de 2019, precisa ya con mayor seguridad el concepto de secreto de empresa y las consecuencias de toda índole que comporta su violación. El art. 1.1 de la citada Ley determina que el objeto de la presente ley es la protección de los secretos empresariales y, 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>>.

Ahora bien, a diferencia del orden jurisdiccional civil, el Tribunal Supremo se ha pronunciado respecto al tipo delictivo del art. 279 del Código Penal, por el que se castiga la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente la obligación de guardar reserva, en los términos que la jurisprudencia penal interpreta, desde la magistral sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de mayo de 2008, glosada por otras más recientes como la Sentencia de fecha 20 de diciembre de 2018. Esta Sentencia del Tribunal Supremo, tratando de definir el concepto de <<secreto de empresa>>, no descrito en el precepto, acude 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, tales como la <<catalogación de los productos>>, descripción gráfica, << precios de adquisición>> y venta al público y <<listado de proveedores y clientes>>) y los organizativos (como las cuestiones laborales, de funcionamiento y planes de la empresa)". Y en cuanto al sujeto activo, habrá que estar a la fuente de la reserva, esto es, a la norma o al contrato según los casos. Remite en cuanto a la obligación legal de guardar reserva al art. 5 letra d) del Estatuto de los Trabajadores en cuanto consagra como deber laboral del trabajador no concurrir con la actividad de la empresa, y al comportamiento desleal previsto en la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal considerando como tal 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 ilegítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente. Como colofón a lo dicho, en aquella STS se confirmaba la condena de un empleado de la empresa contratado con la categoría de director comercial que abrigando el propósito 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 sus funciones, para servirse de ellos a través de la empresa que constituyera, información que aprovecharía para instalarse con fuerza en el mercado en clara competencia con su empresa.

A efectos de sistematizar y ejemplificar diferentes tipos de secretos de empresa, estos, señala la doctrina, se podrían dividir en tres grupos: a) Relativos a aspectos industriales (fabricación, proveedores, costos, etc.); b) comerciales (listas de clientes, descuentos, estrategias comerciales, etc.), y c) organización interna: (situación financiera, inversiones, etc.). El común denominador de todos ellos es que su conocimiento <<debe afectar a la capacidad para competir>>, pues, de lo contrario no será secreto de empresa a los efectos de la aplicación de los tipos de los arts. 278, 279 y 280, sin perjuicio de la protección extrapenal que dispensan los 13, 14.2 y concordantes de la Ley 3/91 de Competencia Desleal, que en base a los principios de "intervención mínima", "última ratio" y "carácter fragmentario", todos ellos del proceso penal, constituirá el "cajón de sastre" de conductas aprehensivas y reveladoras de secretos que aun constituyendo actos de genuina competencia desleal no pt subsumidos en los mentados artículos del Texto Punitivo (AAP, A Coruña, Secc. 2, 464/2020, de 9 de junio).

Nos encontramos, pues, antes un concepto jurídico penal funcionalizado a evitar comportamientos de competencia desleal que garanticen la capacidad competitiva de la empresa. Podemos así definir el secreto de empresa como toda información relativa a la empresa (técnico-industrial como fórmulas, operaciones o investigaciones de productos, comercial como listados de clientes, estratégica, relacional u organizativa, laboral, financiera, etc) detentada con criterios de confidencialidad y exclusividad para asegurarse una posición óptima en el mercado frente al resto de competidores, es decir, con entidad suficiente de afectar a la capacidad competitiva de la empresa, descartándose aquellas que pese a ser de conocimiento reservado carecen de esa capacidad de afectación. El bien jurídico protegido es <<la capacidad competitiva de la empresa en el mercado>>. La norma protectora del secreto empresarial trata de proteger el interés económico que el secreto encierra para la empresa. Interés económico que se cifra, precisamente, en el interés de la empresa en mantener su situación de mercado (SAP Madrid, Sección 23, 220/2020, de 17 de marzo).

Llegados a este punto, el contenido de la información remitida por la acusada a su marido por correo electrónico, a que se refiere el relato de hechos probados tendría cabida en el secreto de empresa a que se refiere el art. 279 del Código Penal, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo. Estaríamos, por un lado, ante una serie de conversaciones entre trabajadores obtenidas de sus correos de trabajo, relativos a la propuesta de marketing para una nueva sede del grupo en Chile, con documento adjunto, y aludiendo a un presupuesto de ciento veinte mil euros del grupo para 2020 por estos conceptos tratándose de la primera introducción del grupo en Latinoamérica y, de otro lado, un correo que contenía documento adjunto con análisis de salarios y base presupuestaria específica de cada sección y sociedad del grupo para 2019, gasto real para cada una a fecha 31 de diciembre de 2018, comparativas presupuestarias de 2019 y proyectada para 2019 y gasto de personal en conjunto del grupo en esos años. Dicha información no era accesible de forma pública, pues, tal y como ha quedado probado, estaba limitada para la mayor parte del grupo, a la que tenía acceso la acusada por su alto cargo directivo, que evidencia, por su contenido, un valor empresarial, real o potencial, y su difusión pudo haber afectado a la capacidad competitiva de la mercantil.

Asimismo, pese a las alegaciones de la parte, ha quedado probado el deber de reserva en tanto que la acusada suscribió el anexo a su contrato laboral por la que asumía obligaciones adicionales en cuanto al uso de la red corporativa informática, de acceso a internet y del correo electrónico asignados por el empleador, así como prohibiciones específicas (como obra a folio 673 la prohibición de enviar información confidencial de la empresa al exterior), y que era información accesible a la misma por su alto cargo directivo y limitada para la mayor parte de los trabajadores del grupo. Así, como se ha ahondado en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente resolución en las cláusulas anexas, suscritas por la acusada, a las que se refiere el relato de hechos probados, se impone el deber de secreto profesional.



En consecuencia, los motivos esgrimidos han de claudicar, pues han quedado acreditados los elementos del tipo que permiten incardinar la conducta de la acusada en el tipo penal por el que ha sido condenada, la cual tenía el deber de reserva respecto a la información confidencial difundida que, por su contenido y conocimiento restringido a su alto cargo en la mercantil, reúne los caracteres que la jurisprudencia prevé para la consideración, a efectos penales, del secreto de empresa.

S EXTO.- En último motivo impugnatorio del recurso se centra en la indebida aplicación del art. 116 del Código Penal, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio *non bis in ídem*, ante la inexistencia de responsabilidad civil, en vista a que los gastos notariales y de la pericial se incluirían en las costas.

Todo responsable penal de un delito o falta lo es también civilmente, tal y como se desprende de los artículos 116 y siguientes del Código Penal. En el caso de autos, se incluye como responsabilidad civil los gastos de notaría del volcado de los correos electrónicos y los derivados del informe pericial de parte al amparo de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales.

En dicha Ley, en su art. 10.1, se establece que << 1. Al fijarse la indemnización de daños y perjuicios se tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, como son los *perjuicios económicos*, incluido el *lucro cesante*, que haya sufrido el titular del secreto empresarial, el *enriquecimiento injusto* obtenido por el infractor y, cuando proceda, otros elementos que no sean de orden económico, como el *perjuicio moral* causado al titular del secreto empresarial por su obtención, utilización o revelación ilícitas. También podrán incluirse, en su caso, los *gastos de investigación* en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial>>.

El Juzgador *a quo* establece, en el Fundamento de Derecho Cuarto, la inclusión de los gastos de investigación en la responsabilidad civil, ajustada en la cantidad de 5.000 euros, en virtud del precepto reseñado ut supra. La parte recurrente no cuestiona la cantidad en que ha resultado determinada sino lo que invoca es la improcedencia de incluir los gastos de investigación en la responsabilidad civil, pudiendo incurrir vulneración del principio *non bis in ídem*.

La inclusión en la responsabilidad civil de los gastos de investigación del procedimiento promovido por la querellante encuentra su previsión legal en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, como sucede igualmente en los procedimientos relativos a la Ley de Propiedad Intelectual y Ley Marcas, que cuenta con previsión legal idéntica y aplicadas en la jurisprudencia menor a los procedimientos penales. Las razones esgrimidas por el Juzgador *a quo* son compartidas por la Sala, pues resulta razonable que la cuantía indemnizatoria habrá de incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial, como ha resultado acreditado en el presente caso, y cuya cuantía, no impugnada en cuanto a su cuantificación, resulta proporcionada, cantidades que, por estar incluidas en este concepto, no habrán de formar parte de las costas procesales.

El motivo se desestima.

Sentado cuanto antecede, procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de la instancia por ser conforme a Derecho.

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas de ésta Alzada, es lo procedente declararlas de oficio.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. Rey y en virtud de las atribuciones que nos confiere la Constitución Española

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la acusada Erica contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 28 de Barcelona, de fecha 18 de noviembre de 2023 en sus autos de Procedimiento Abreviado arriba referenciados, y **CONFIRMAMOS** íntegramente la sentencia y declaramos de oficio las costas procesales causadas en ésta Alzada.

Notifíquese a las partes la presente sentencia, haciéndoles saber que contra la misma, que no es firme, cabe interponer recurso de casación en el plazo de Ley conforme al art. 847.1, b) de la L.E.Crim.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por el Sr. Magistrado Ponente, celebrando Audiencia Pública, de lo que yo la Secretaria Judicial doy fe.