



Roj: **SAP M 15146/2011 - ECLI: ES:APM:2011:15146**

Id Cendoj: **28079370282011100311**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **18/11/2011**

Nº de Recurso: **177/2011**

Nº de Resolución: **338/2011**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00338/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 28

MADRID

t6

C/GRAL.MARTINEZ CAMPOS 27

Tfno: 914931988/9 Fax: 914931996

Rollo: RECURSO DE APELACION 177/2011

Proc. Origen: P. Ordinario 255/2007

Órgano Procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 5

Recurrente: SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELEGRAFOS

Representación: Abogado del Estado

Recurrida: TUTOR S.L.; D. Benedicto ; D. Leopoldo .

Procurador: D.Isidro Orquín Cedenilla

Abogado: Dña. Esther de Félix Larrondo

Recurrida: EMFASIS BUILLINIGMARKETING SERVICES

D. Eloy

Procurador: D.Manuel Lanchares Perlado

Letrado: D.Roberto Martínez Pérez

HS HE HN HT HE HN HC HI HA HnHº H3H3H8H/H2H0H1H1

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

En Madrid, a 18 de noviembre.



La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ÁNGEL GALGO PECO, Don GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ y Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 177/2011 interpuesto contra la Sentencia de fecha 9 de junio de 2010 dictada en el Procedimiento Ordinario número 255/2007 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandante CORREOS Y TELÉGRAFOS siendo apeladas las partes demandadas todas ellas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 27 de abril de 2007 por la Abogacía del Estado en representación de CORREOS Y TELEGRAFOS contra D. Eloy , contra la entidad EMFASIS BILLINGMARKETING SERVICES, S.L. y contra la entidad TUTOR, SOCIEDAD LIMITADA en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que:

". previos los trámites legales oportunos dicte sentencia por la que:

a) Declare la deslealtad del acto cometido por D. Eloy y Émfasis Billing Marketing Services , al revelar el primero información secreta y confidencial a la que había tenido acceso en razón al cargo que ocupaba en Correos y al utilizar la segunda dicha información en su propio beneficio y causando graves perjuicios a Correos, mediante la adquisición de la entidad Secusport, S.L.

b) Condene a los demandados a proceder a la remoción de los efectos producidos, de manera que Émfasis restituya a Tutor, Sociedad Limitada todas las participaciones sociales adquiridas de Securpost, S.L. y los antiguos propietarios de tales participaciones devuelvan a Émfasis el precio que ésta pagó por las mismas.

c) Condene solidariamente a D. Eloy y a Émfasis a pagar a Correos, en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados, la cantidad de 323.000 euros anuales, contados desde el día 28 de abril de 2006 y hasta la fecha en que produzca la restitución de Securpost, S.L. a sus anteriores titulares.

d) Subsidiariamente y sólo para el caso de que no se proceda a la remoción de los efectos producidos en los términos solicitados en la letra c) de este suplico, condene solidariamente a Émfasis y a D. Eloy abonar a Correos una indemnización por importe de 323.000 euros anuales, contados desde el día 28 de abril de 2006 y hasta que se produzca el cese definitivo de actos de **competencia desleal**, esto es, hasta que Émfasis deje de adquirir las empresas que figuraban en el informe de Mckinsey."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid dictó sentencia con fecha 9 de junio de 2010 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

" Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por la Abogacía del Estado, en nombre y representación de CORREOS Y TELEGRAFOS SA contra D. Eloy y EMFASIS BILLING Y MARKETING SERVICES SL, representado por el procurador D. Manuel Lanchares Perlado, contra TUTOR SL, D. Benedicto y D. Leopoldo Salceda, representados por el procurador D. Isidro Orquín Cedenilla, ABSOLVIENDO a los demandados de los pedimentos formulados en su contra con expresa condena en costas a la actora. ..."

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituyen precedentes de conveniente mención para la adecuada comprensión de las claves del litigio, y en definitiva del presente recurso, los siguientes:

1.- En el año 2001 la sociedad estatal CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. se planteó la posibilidad de afianzar su posición en el sector de marketing directo mediante alianzas, adquisiciones y/o desarrollos de nuevos negocios. Para ello encargó a la consultora McKinsey Company un informe confidencial que se finalizó en el año 2001 y en el que se exponía la posibilidad de adquirir, en fases escalonadas, algunas de las principales agencias comerciales de la actora en el mencionado sector, agencias que eran denominadas con un nombre en clave. En el año 2002 se realiza una oferta no vinculante de adquisición de PDM y MEYDIS, pero se descarta

finalmente su adquisición por motivo de una contingencia fiscal sobre el IVA, quedando como alternativa las agencias colaboradoras Publimail, Mecapost y Bdmail, propuestas en el informe para su adquisición en la fase segunda. Finalmente, por razones estratégicas, se pospone el proyecto para otro momento. En el año 2004 se cesa al demandado D. Eloy y -continúa relatando la actora- su sustituto comprueba que el informe confidencial no se hallaba entre la documentación existente en la dirección comercial. En el año 2005 se produce la adquisición por parte de Emfasis Billing Marketing Services, S.L. de Publimail y Mecapost, descartando las previamente descartadas por Correos.

2.- Sobre dicha base fáctica, CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. interpuso demanda, en ejercicio de diferentes acciones fundadas en la Ley de **Competencia Desleal**, contra D. Eloy , EMFASIS BILLING MARKETING SERVICES, S.L. (en adelante, EMFASIS) D. Jose María , D. Ángel , D. Gregorio Y D. Ricardo , dando lugar a la sustanciación del juicio ordinario 164/2006 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid y que concluyó mediante sentencia desestimatoria de la demanda, sentencia que, recurrida en apelación, fue confirmada por la sentencia de esta misma Sala de 10 de junio de 2011 a la que más tarde haremos amplia referencia.

3.- Alega CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. que con posterioridad a los hechos que dieron lugar al proceso que acaba de referenciarse, llegó a su conocimiento la adquisición por parte de EMFASIS de la mercantil SECURPOST (participada por los ahora demandados TUTOR S.L., Don Benedicto y Don Leopoldo), que era una de las empresas del grupo PDM que la actora se propuso comprar y cuya adquisición descartó por razón de la controversia existente sobre el I.V.A.

4.- El dato que acaba de indicarse motivó que CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. interpusiese una nueva demanda, esta vez contra D. Eloy , EMFASIS BILLING MARKETING SERVICES, S.L., TUTOR S.L., Don Benedicto y Don Leopoldo , ejercitando idénticas razones y por los mismos motivos que la anterior. El conocimiento de esta nueva demanda recayó en el mismo órgano judicial, quien la desestimó por razones básicamente coincidentes.

5.- Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. a través del presente recurso de apelación.

Antes de entrar en el fondo del asunto, conviene precisar que, a juicio de este tribunal, no se encuentra justificada la excepción fundada en el principio de preclusión ("ubi eadem ratio est, eadem iuris dispositio esse debet"), actualmente recogida en nuestro Derecho positivo en el art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, excepción articulada por la parte demandada y que, al no ser estimada en la instancia precedente, reproduce en su escrito de oposición al recurso de apelación. En efecto, el primer apartado del art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que "cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior", y el segundo apartado de dicho artículo prevé que "a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste". Del texto del precepto se desprende que no pueden ejercitarse posteriores acciones basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser esgrimidos en la primera demanda. Pero lo que no supone tal precepto es que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que puedan asistirle cuando las mismas dan lugar a pedimentos distintos. Como indicó esta Sala en su sentencia de 23 de octubre de 2008, el Art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite tener por aducidos todos los hechos y fundamentos o títulos jurídicos en que el demandante pudiera haber fundado lo pretendido en su demanda, hayan sido aducidos efectivamente en la demanda o no lo hayan sido, pero no permite tener por formulado un pedimento, a efectos de litigios posteriores, que efectivamente no lo haya sido en el litigio anterior. Como ha afirmado algún autor (Díez-Picazo Giménez), "la preclusión alcanza solamente causas de pedir deducibles pero no deducidas, pero no a petita deducibles pero no deducidos". En el caso examinado, pese a la identidad prácticamente total concurrente entre los aspectos fácticos y jurídicos apreciable en los dos litigios a los que se ha hecho referencia, lo cierto es que las pretensiones ejercitadas comprenden la realización de pronunciamientos declarativos y condenatorios referidos a una conducta que, pese a su idéntica naturaleza, fue llevada a cabo en un momento diferente y sobre un objeto -empresa- distinto, y, además, comprometen, en calidad de demandados a personas en parte diferentes de las que fueron llamadas al proceso en el litigio anterior.

SEGUNDO.- Desprendiéndose de los anteriores precedentes que, en cualquier caso, concurre en el presente litigio una destacada peculiaridad cual es la consistente en que la práctica totalidad de los elementos fácticos y de las consideraciones jurídicas en las que se sustenta la demanda son coincidentes con las que ya ha examinado esta misma Sala con ocasión del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en el litigio anterior, parece oportuno proceder a continuación a una transcripción amplia y generosa de los



razonamientos contenidos en la reciente sentencia de este tribunal de 10 de junio de 2011 que desestimó el mencionado recurso. Se dijo, en efecto, en dicha resolución lo siguiente:

".SEGUNDO. Frente a la Sentencia dictada se alza el recurso de apelación de Correos alegando en primer lugar su disconformidad con la conclusión a la que llega la sentencia según la cual no consta acreditado que el demandado D. Eloy conociera el informe McKinsey al que la demanda considera **secreto** a los efectos de aplicación del citado art. 13 LCD.

A este respecto señala que la declaración del testigo D. Esteban, uno de los responsables del informe McKinsey, que manifestó en el acto del juicio que D. Eloy no intervino en la segunda fase del proyecto encargado a dicha consultora - fase referida a la adquisición de empresas-, choca abiertamente con lo manifestado por el propio testigo en su declaración en las diligencias previas de procedimiento abreviado 5057/2005 de las que conoció el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid, que se siguieron por los mismos hechos. Se refiere a las declaraciones que mencionaban la constitución de un comité por parte de Correos en el que se integraba el querellado D. Eloy y que supo que estaban en negociaciones para comprar Meydis y PDM y conoció las causas por las que se descartaron esas dos compras. Destaca la recurrente de dicha declaración ante el Juzgado de Instrucción que en 2001 se valoraron las empresas que podían ser adquiridas y que los miembros del Comité sabían que había un proyecto de compra de empresas.

Se refiere la recurrente también a la declaración en sede penal -no en las presentes actuaciones- de D. Saturnino, director de Correo Híbrido, S.A., sociedad participada enteramente por Correos, que manifestó que se incorporó al comité en junio de 2002, del que formaba parte el querellado D. Eloy y que McKinsey aportaba cuadros del estado de las negociaciones que se pretendía comprar. Añade que sabían la intención de comprar PDM y Meydis y que se decidió no comprarlas por los expedientes tributarios que tenían pendientes que hacían inviable la adquisición.

Entiende la recurrente que existen contradicciones en la declaración del Sr. Esteban que llevan a considerar que la verdadera declaración es la prestada ante el Juzgado de Instrucción.

Concluye afirmando que a la vista de las declaraciones del Sr. Esteban y del Sr. Saturnino ante el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid, D. Eloy conocía el contenido del informe McKinsey o, al menos, tenía un cierto conocimiento de que Correos tenía previsto adquirir diversas empresas de marketing directo, así como el orden de preferencia para su adquisición.

No deja de resultar ambigua la conclusión que se obtiene, puesto que el objeto de las actuaciones en relación a los hechos que se imputan al demandado se centra en el conocimiento del informe McKinsey en concreto, que es el documento donde se reflejaba el proyecto de adquisición de determinadas empresas, no un cierto conocimiento del interés en adquirir empresas, por otra parte evidente cuando Correos desecha la línea de las adquisiciones para centrarse en el crecimiento orgánico a través de su sociedad participada.

Sin embargo hemos de destacar en primer lugar que el citado Sr. Saturnino es director de una sociedad controlada por Correos por lo que su declaración debe ser apreciada con reservas, dada su relación con la demandante. Además se hace referencia a una declaración efectuada en un procedimiento penal, que accede al presente procedimiento por vía documental, sin intervención de algunas de las partes que intervienen en el presente procedimiento y sin que en el mismo se hubiera obtenido su testimonio con la necesaria contradicción. Por otro lado el Sr. Esteban fue responsable del informe McKinsey cuando concluye su primera fase, de manera que a su evidente conocimiento de los hechos se une la ausencia de cualquier relación con las partes e incluso dejó de ser consultor de McKinsey en 2005, según afirma en su declaración. De lo expuesto se desprende que no puede situarse en el mismo plano el crédito de ambos testigos.

Tampoco puede admitirse que las respectivas declaraciones del Sr. Esteban resulten contradictorias. En la prestada en el procedimiento penal (ff. 593 y ss.) puede observarse que no se habla de la existencia de varios comités en los que interviniese el demandado D. Eloy, sino de un solo comité, sin que participara en el informe McKinsey hasta su última fase. A tal efecto, señala que las reuniones se celebraron entre los meses de mayo y septiembre de 2002. No le consta el acceso a los documentos en que se reflejarían los datos cuyo conocimiento y revelación se atribuye al demandado y lo único que pudo conocer son las causas por las que se descartaron las compras de PDM y Meydis, hecho por otra parte que precisamente da lugar a una nueva estrategia de crecimiento orgánico (fase tercera). Es más, añade que si con posterioridad el Sr. Eloy hubiera querido tener acceso a los informes tendría que habérselos pedido o tendría conocimiento de ello y no hubo tal petición. Podemos comprobar que, en lo relevante, no se aprecian las contradicciones con las que se pretende desvirtuar la declaración del testigo. Precisamente su declaración en el acto del juicio resultó clarificadora en cuanto se le preguntó específicamente por las supuestas contradicciones (02.22.50 de la grabación) y el Sr. Esteban se reiteró en sus afirmaciones. Repite que el comité se reunió entre mayo y septiembre de 2002 y que la fase segunda ya se había concluido, pues finalizó en abril de 2002, es decir, que el



demandado solo intervino en el comité que se creó en la denominada fase tercera del proyecto, la relativa a la estrategia de crecimiento orgánico, no a la de determinación y valoración de compañías para su adquisición. En su declaración, el testigo Sr. Esteban se refirió a las distintas fases del informe McKinsey (02.01.27). La primera finalizó en diciembre de 2001 y era el estudio del mercado de marketing directo. La segunda se refiere a compañías concretas y su valoración, en una estrategia de crecimiento a través de la adquisición de empresas. Esta segunda fase finalizó en abril de 2002. La tercera fase sigue la estrategia de crecimiento orgánico, al desecharse la adquisición de empresas, y se desarrolla hasta septiembre de 2002. Señala el testigo que D. Eloy no participó en la segunda fase (02.04.25). Precisamente el comité creado se refiere a la fase tercera y las fechas de las reuniones coinciden con dicha fase (celebradas entre mayo y septiembre de 2002). Reitera que solo intervino en el denominado comité de seguimiento de la fase tercera (02.10.03 y 02.22.18).

El testigo al que se hace alusión, Sr. Saturnino, director de una filial de Correos, precisamente declaró que se incorporó al comité en junio de 2002. Es evidente por lo expuesto que dicha incorporación se efectúa al referido comité de seguimiento en la fase tercera del informe, no en la segunda fase en la que se valoró la adquisición de empresas.

En definitiva, la declaración del testigo Sr. Esteban fue correctamente valorada por la sentencia recurrida. Resulta además paradójico que se pretendan hacer valer como decisivas pruebas practicadas en las diligencias penales, cuando, tras la investigación efectuada, dichas actuaciones fueron archivadas, y lo cierto es que versaban sobre los mismos hechos. El Auto de fecha 5 de marzo de 2008, dictado por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid (ff. 1614 y ss.) confirma las conclusiones a las que llegó el Juez de Instrucción al entender "que el querellado no disponía de esa información y como así lo corroboraron los testigos Esteban y Saturnino, el primero empleado de McKinsey Company, como se ha dicho, y el segundo Director General de Correo Híbrido, S.A., como filial de SECT".

El recurso intenta en consecuencia efectuar una lectura interesada de las declaraciones, sustentando una contradicción que no existe a la vista su contenido, cuando además en la declaración del Sr. Esteban en el acto del juicio se ofrecieron unas explicaciones claras y rotundas y cuando ni siquiera en la jurisdicción penal las declaraciones fueron valoradas como aquí pretende el recurrente que se valoren.

La adquisición de empresas de marketing directo es precisamente lo contrario que se desprendía de las recomendaciones de McKinsey, como señala el testigo Sr. Esteban (02.15.50 y 02.16.10), porque las contingencias sobre IVA eran generalizadas. Tras desecharse esa estrategia se sigue la vía del crecimiento orgánico (fase tercera del informe) en la que participa el demandado Sr. Eloy, de manera que resulta ilógico que se reproche el conocimiento del informe cuando la actuación (muy posterior) del Sr. Eloy y de Emfasis resulta totalmente contraria a lo recomendado por McKinsey.

Es más, lo que hace Emfasis es adquirir empresas de marketing directo con importantes contingencias fiscales, como Mecapost, que no se solventaron hasta 2009, en que se dicta la Sentencia de fecha 21 de enero por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sec. Sexta) de la Audiencia Nacional (ff. 2967 y ss.).

Como hemos señalado, el que se hubiera descartado la adquisición de determinadas empresas era el punto de partida de la tercera fase del informe McKinsey y de ello no se desprende que el Sr. Eloy tuviera acceso a las partes del informe anteriores en la que se detallaba información de empresas concretas con un orden de preferencia determinado, más cuando la referencia a dichas empresas se efectuaba en clave. Resulta significativo que el propio testigo Sr. Esteban, responsable del informe, ni siquiera recuerde las claves (02.19.10).

Por otro lado el hecho de que precisamente conozca el sector un profesional cualificado no conduce a sospecha alguna, y menos que se interese por el sector el fondo de capital privado Nmas1, como profesionales de la actividad inversora que perfectamente pueden determinar las empresas cuya adquisición puede revestir mayor interés. Su presidente, el Sr. Feliciano, ofreció cumplida explicación en el acto del juicio (02.34.20; 02.36.00; 03.02.06) sobre la actividad desplegada hasta que decidieron la adquisición a través de Emfasis, lo que se completa con el informe y la documentación aportada al respecto (ff. 2129 a 2942). Era conocido además el interés en el ámbito europeo en la adquisición de empresas de marketing directo desde muchos años atrás, como confirma el testigo Sr. Esteban (01.56.01, 01.59.50) y el propio expresidente de Correos D. Samuel (01.11.20). Este reconoce además que cuando supuestamente Correos tuvo nuevo interés, años después, en la adquisición de empresas, no se solicitaron informes al respecto, lo que evidencia que, quienes conocen el mercado, sabían perfectamente qué empresas son o pueden ser atractivas para su adquisición.

Resulta en definitiva contrario a toda lógica que para adquirir empresas del sector en 2005 el demandado D. Eloy y Emfasis acudan a un informe con datos en el mejor de los casos del año 2001 y sigan una estrategia contraria por completo (ya que la adquisición fue desechada por Correos). Ninguna duda puede suponer el



que opten por dos de las empresas más significativas del sector, cuando tienen un perfecto conocimiento del mismo (el Sr. Eloy , por su trayectoria, y Nmas1, como inversor profesional).

El recurso, ante la contundencia de la prueba y la valoración que de la misma efectúa la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil, se introduce en lo especulativo, como la posibilidad de descifrar las claves con las que se denominaba a las empresas en el informe McKinsey o lo que considera una serie de indicios de los que en modo alguno se desprende que en concreto el Sr. Eloy tuviera acceso a los documentos relevantes en lo que nos ocupa del informe McKinsey.

Así se alude a que en el orden de empresas a adquirir según el informe, Mecapost y Publmail eran las que estaban a continuación de las que no se recomendaba adquirir (Meydis y PDM), como si este orden ya condujera a establecer tal conclusión y sin tener en cuenta que la recomendación final fue no seguir la vía de la adquisición de empresas. Añade que Emfasis adquirió Securpost, del grupo PDM, que no estaba afectada por la contingencia del IVA, y que el informe proponía no adquirir todas las empresas de dicho grupo. Según esta apreciación, una de las empresas no afectadas por contingencias fiscales no podía ser adquirida y objeto de atención por los intervinientes en el sector porque como el informe McKinsey, sobre datos públicos, como reconoce el Sr. Esteban , analiza el sector, cualquier actuación del Sr.

Eloy ya sería sospechosa.

La conclusión a que conducen las alegaciones del recurrente es que Emfasis no podría adquirir empresas en el sector de marketing directo porque las más interesantes para ello se mencionaban en el informe McKinsey y toda adquisición sería sospechosa. Evidentemente el pretendido indicio no es más que una especulación interesada.

Según el recurso, el anterior director comercial y de

marketing participó en la adquisición de empresas de marketing directo y resulta extraño que su sucesor, D. Eloy , no lo hiciera. Si hubiera participado también el demandado no parece que le resultara tan complicado a la demandante probar los hechos constitutivos de su pretensión. Se trata de una nueva conjetura de la que no se desprende nada y mucho menos que el demandado tuviera acceso y facilitara a Emfasis el informe en cuestión.

Se suceden así los contenidos especulativos que el recurso denomina indicios en relación a si el fondo de inversión Nmas1 exige a sus directivos que participen en el capital, y D. Eloy participa en Emfasis, o el tiempo empleado por Nmas1 en decidir la adquisición que, según el recurso, al ser de seis meses, contrasta con el periodo de elaboración del informe Mckinsey. Ni pueden aceptarse las premisas, ni mucho menos la pretendida conclusión que parece ser que no es otra que Nmas1 o Emfasis se sirvieron en 2005 del informe McKinsey (con datos, repetimos, en el mejor de los casos del año 2001). En primer lugar, la primera fase del informe McKinsey termina en diciembre de 2001 y la segunda en abril de 2002, concluyendo la tercera en septiembre de 2002 (que además versaba sobre otra estrategia distinta, el crecimiento orgánico). Luego ni el informe McKinsey requería un enorme periodo de tiempo ni el plazo de seis meses en culminar un proceso de adquisición es sospechosamente breve como pretende el recurso. Algunos de los informes sobre empresas concretas se elaboraron en un mes prácticamente desde que se recibe la documentación (Clifford Chance, f. 2543 y ss.), al margen de que no puede establecerse un plazo estándar en operaciones de inversión en empresas de un determinado sector.

Pone el acento el recurso en un nuevo indicio, que resulta de apreciar que el informe Broggin, que encargó Nmas1, es de diciembre de 2005, posterior a la adquisición de las empresas en abril de 2005, de lo que parece extraerse la conclusión de que la determinación de las empresas concretas sobre las que invertir procedía de que el Sr. Eloy había tenido acceso al informe McKinsey y ya directamente procedían a efectuar la inversión sobre algunas de las que se mencionaban. Es evidente que entre la fecha del informe y la conclusión que se pretende obtener no existe un enlace preciso y directo para considerar acreditado el supuesto acceso al informe McKinsey o más bien a la parte del informe referida a la adquisición de empresas del sector de marketing directo. En primer lugar, aunque no existiera dicho informe, la adquisición de las empresas es efectuada por profesionales de la inversión como Nmas1 y del propio sector como el Sr. Eloy , por lo que en principio ninguna dificultad puede suponerles determinar cuáles pueden ser las empresas más atractivas. No olvidemos además que el informe McKinsey se elaboró sobre un análisis del sector basado en datos de público acceso. En segundo lugar resulta contrario a toda lógica que operaciones de esta envergadura (baste examinar la comunicación a la CNMV (ff. 220 y ss.) se realicen sobre una situación del mercado de casi cuatro años atrás. Por otra parte Don. Feliciano , como reconoce el recurso, explicó esta circunstancia, señalando que los informes definitivos son posteriores pero las decisiones se toman sobre borradores. El testigo Sr. Esteban , que nada tiene que ver con el informe Broggin, señaló en su declaración que los consultores pretenden establecer una relación de confianza con el cliente, de modo que no hay una orden expresa, unas horas de trabajo y una finalización expresa, sino que se hacen informes, a veces sin cobrar, para involucrar al cliente en un proyecto



del que resulte el encargo correspondiente. En suma, ni puede ignorarse que Nmas1 y el Sr Eloy conocen el sector por su propia actividad, ni la fecha del informe conduce a ninguna conclusión como la que pretende la recurrente. A ello hemos de añadir que en realidad la adquisición de empresas es la actuación contraria a la que forme McKinsey, puesto que Correos desechó la adquisición de empresas.

Pretende concluir la recurrente que de lo expuesto se desprende que D. Eloy facilitó información (del informe McKinsey) orientando la adquisición de empresas, lo que hemos visto no se acredita de ningún modo, y para salvar el absurdo que representa realizar una inversión de este tipo en 2005 sobre datos del año 2000, o en el mejor de los casos de 2001, se dice que bastaba una actualización de los mismos. Sin embargo el testigo Sr. Esteban advirtió en su declaración que la vida útil de la información nunca puede superar los cinco meses y no vale lo anterior (02.13.24, 02.25.50).

Los últimos "indicios" a los que alude el recurso resultan por completo irrelevantes, como la proximidad entre la salida de Correos del Sr. Eloy (julio de 2004) y el inicio del proceso de inversión en 2005 o el hecho de que las primeras letras de Emfasis se correspondan con las iniciales Eloy .

En definitiva, ni de modo directo ni por vía de presunciones puede considerarse acreditado que D. Eloy conociera el informe McKinsey en lo relativo a la adquisición de empresas y los datos concretos y empresas a las que se refería dicho informe ni que, en consecuencia, facilitara dato alguno a Emfasis. Hay que recordar que para la aplicación de las presunciones judiciales el artículo 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige partir de la demostración de un hecho cierto del que, a través de un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, pueda deducirse la certeza del hecho presunto, y lo que aquí se presenta como indicios no son más que aspectos irrelevantes o meras especulaciones.

En atención a lo expuesto carece de trascendencia analizar el valor comercial de la información. No obstante hemos de señalar también que no todo el informe relativo al sector de empresas de marketing directo puede considerarse **secreto** a los efectos de aplicación del art. 13 LCD, en cuanto el propio Sr. Esteban reconoce que el informe se elabora a partir de datos públicos que obran en distintos registros o archivos. Es cierto que determinadas partes del informe pueden tener ese valor, como pueden ser las conclusiones que se extraen sobre la estrategia a seguir en la adquisición de empresas y la relación de empresas que se consideran apropiadas para la adquisición, pero aun en este caso el valor comercial está íntimamente ligado al tiempo, de manera que el transcurso del tiempo, como ocurre con los bienes materiales, puede depreciar ese valor comercial hasta hacerlo desaparecer, con mucha más evidencia cuando nos encontramos ante estrategias de mercado, por los cambios que se producen en el mismo y en las propias empresas. El responsable del informe McKinsey en estos aspectos, D. Esteban , manifestó que la vida útil de la información no pasa de 5 meses (02.13.24) y que cualquier adquisición posterior requiere nuevos informes, al margen de resultar necesarios también informes no solo sobre datos públicos del sector sino sobre datos privados de las empresas. Reitera que más allá de esos plazos no vale lo anterior (02.25.50). Es evidente, en consecuencia, que en el momento en que supuestamente se utiliza dicho informe, transcurridos varios años desde que se analizó el mercado, la pretendida información carece de utilidad alguna, mucho más cuando nos encontramos ante inversiones que requieren un cierto rigor en el análisis de la situación del mercado y de las empresas del sector. Por último, es evidente también que el Sr. Eloy es un profesional especializado que conoce perfectamente el sector al que nos referimos y que Emfasis está controlada por profesionales de la actividad inversora como Nmas1, por lo que pueden utilizar su propia experiencia -aun los conocimientos adquiridos en Correos por el Sr. Eloy - para decidir, muy posteriormente al citado informe McKinsey, en el año 2005, cualquier estrategia de adquisición de empresas concretas en el sector. Como dice la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2006, "...no pueden ser objeto de **secreto empresarial** aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesionales de carácter general de un sujeto, ni tampoco el conocimiento y relaciones que pueda tener con la clientela, aún cuando dichas habilidades o capacidades se hayan adquirido en el desempeño de un puesto determinado o de unas concretas funciones desarrolladas para un determinado empleador".

TERCERO. Se centra a continuación el recurso en los pronunciamientos de la sentencia relativos a la alegada vulneración del art. 14 LCD por parte de D. Eloy y Emfasis. Consideraba la demandante que los contratos suscritos por las sociedades adquiridas por Emfasis con Correos (ff. 296 y ss.) contemplaban la obligación (cláusula decimoquinta) de comunicar a Correos, para su autorización, los cambios en la titularidad de acciones superiores al 25% y que los citados codemandados indujeron a los titulares de las acciones de Mecapost y Publimail, aquí también demandados, para infringir deberes contractuales básicos.

La sentencia recurrida ya señaló que no consta acreditada tal inducción. Cierto es que los informes de revisión legal para la adquisición elaborados por Clifford Chance para Nmas1 (en especial f. 2.586) contemplaban la existencia de la cláusula contractual, pero una cosa es que los adquirentes conocieran dicha obligación y otra bien distinta que indujeran a los administradores de las sociedades en cuestión a omitir cualquier



comunicación al respecto a Correos. El reproche precisa que el sujeto en cuestión ejerza una influencia sobre otra persona que además se encuentre encaminada a moverle o estimularle a la infracción y esto es lo que de ningún modo se acredita por medio de prueba directa o indirecta. Es más, la adquisición era de público conocimiento en el sector, no solo por la comunicación a la CNMV (ff. 220 a 223) sino por las informaciones publicadas en diarios de amplia difusión (ff. 233 y ss.) y ninguna objeción se opuso por parte de Correos, de manera que pretende ahora utilizarse una supuesta infracción que fue consentida, no ya al no promover Correos la resolución del contrato, sino cuando ni siquiera efectuó reproche alguno. Es más, con posterioridad Correos continua contratando con Emfasis (f. 1507 y ss.) y en las cláusulas contractuales ya no aparece la citada obligación de autorizar la transmisión de acciones o participaciones.

Nuevamente se introducen en el recurso cuestiones irrelevantes sobre las que se pretende acreditar al acto desleal, como la rapidez con la que se efectúa la adquisición o los cauces utilizados para la misma (escisión de Publimail, creación de Nueva Publimail y transmisión a Emfasis), basadas en aspectos estrictamente relacionados con la inversión, sin otro alcance.

Por otra parte, para valorar lo que se considera deber contractual básico es necesario atender al propio contrato, de manera que solo tendrán dicho alcance las obligaciones relativas a las prestaciones principales o cuya infracción legitime para pedir la resolución y es lo cierto que la obligación que se considera infringida no afecta a las prestaciones principales, ni se incluye entre las obligaciones del colaborador establecidas en la cláusula cuarta del contrato, ni las sociedades dejaron de cumplir dichas obligaciones relacionadas con las prestaciones previstas en el contrato, sino que lo que pretende la cláusula en cuestión es salvaguardar la solvencia y capacidad técnica del colaborador, sin que Correos realizase objeción alguna una vez conocida la transmisión.

CUARTO. En relación a la alegada vulneración del art. 5 LCD -en su redacción anterior- el recurso por un lado pretende reproducir las cuestiones ya analizadas en relación a D. Eloy y, por otro, las encauza por la vía de la cláusula de cierre prevista en dicho precepto. Sin embargo, el artículo 5 solo es de aplicación cuando la conducta no queda subsumida en un tipo específico. Si lo está y no se cumplen sus requisitos no es posible acudir al mismo. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en una reiterada doctrina (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2000 y 28 de septiembre y 15 de octubre de 2001 y 20 de febrero y 8 de octubre de 2007, entre otras). Ya hemos señalado que no consta acreditado que el Sr. Eloy tuviera acceso al informe McKinsey en lo que aquí nos ocupa, dado que su intervención se limitó a la tercera fase del proyecto y que la decisión de Emfasis de analizar empresas concretas del sector se encuentra en todo caso justificada por el propio conocimiento del mismo, tanto del Sr. Eloy como del interés que venía mostrando Nmas1 en la inversión, siendo profesional de dicha actividad. Por otra parte resulta contrario a toda lógica que se pretenda que la decisión se basaba en un informe elaborado varios años antes y del cual se concluyó que había que desechar la estrategia de compra de empresas, es decir, una línea opuesta a la seguida por Nmas1, adquisición que se efectúa incluso con contingencias fiscales que resultan relevantes, por mucho que pretenda la recurrente minimizarlas, y marcan una actuación completamente contraria a la que se derivaba del informe.

Por cuanto se refiere a los socios de las empresas adquiridas se funda el ilícito en el incumplimiento de la obligación de comunicar a Correos la transmisión de acciones y participaciones superiores al 25%, que debía ser autorizada en virtud de la cláusula decimoquinta de los contratos de colaboración. Se trata en definitiva de un mero incumplimiento contractual, que no puede ser reprochado como ilícito concurrencial. Por otra parte, tras el conocimiento de dicha transmisión, ninguna objeción se efectuó por parte de Correos. Conforme establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994, si bien el silencio no puede valer como declaración de voluntad, tiene la asignación jurídica de asentimiento o conformidad cuando el que calla tenga la obligación de contestar, o cuando sea normal que manifieste el disentimiento si no se quiere aprobar el hecho del que se tiene conocimiento. Es más, resulta concluyente que Correos continuase contratando con Emfasis (ff. 1506 y ss), de manera que, prevista la obligación para asegurar la solvencia y capacidad técnica de quienes contratan con Correos, nada había que reprochar a la transmisión efectuada.

Hay que añadir además que, en todo caso, la obligación incumbe a las respectivas sociedades, que son quienes contratan con Correos, no a sus socios, sin que pueda sin más trasladarse dicha obligación a los socios, salvo que las sociedades fueran utilizadas como instrumento para causar perjuicio a terceros, que obviamente no concurre en este supuesto, al margen de que no se ha planteado tal cosa.

QUINTO. Se alza el recurso contra la condena en costas por entender que en el supuesto que nos ocupa concurren serias dudas de hecho que justifican la no imposición. Sin embargo hemos de advertir que se sustanciaron diligencias previas ante el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid, que finalmente archivó la causa, siendo esta decisión confirmada por la Audiencia Provincial. Tras dichas diligencias, se sigue un nuevo procedimiento en vía civil, de manera que no puede la apelante pretender la no imposición de costas en realidad amparada en la insuficiencia de prueba. Es precisamente dicha insuficiencia la que justifica que sean los



demandados compensados de los gastos ocasionados aplicando el criterio del vencimiento objetivo, sin que existan motivos para apartarse del mismo. La codemandada Emfasis reprocha a la actora que las diversas acciones judiciales ejercitadas sigan una estrategia disuasoria anticoncurrencial, buscando el desgaste de la demandada sin coste alguno. Sin entrar a realizar juicios de intención, al menos esos costes que se ocasionan a los demandados deben verse compensados, de manera que debe rechazarse la pretendida exoneración de las costas."

TERCERO.- En la demanda rectora del actual litigio CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. planteó -y ahora reproduce en esta alzada- los mismos argumentos a los que da respuesta la sentencia anteriormente transcrita, sin que concurra motivo alguno que justifique el apartamiento de este tribunal respecto de los criterios que en ella se exponen al no variar ni la resultancia de la actividad probatoria desarrollada en torno a los datos esenciales del proceso ni las consideraciones jurídicas sobre las que se sustentan las pretensiones ejercitadas (con la sola particularidad de que las referencias que en dicha resolución se hicieron a "los titulares de las acciones de Mecapost y Publimail" deben entenderse efectuadas en el presente litigio a "los titulares de las acciones de Securpost").

Tampoco apreciamos alteración sustancial en el hecho de que la empresa cuya adquisición motiva el presente proceso - SECURPOST- fuera la única del grupo PDM que no se encontraba afectada por la contingencia fiscal, dado que se trata de un dato para cuyo conocimiento no resultaría relevante -en vista de su antigüedad- el informe McKinsey, tratándose, por el contrario, de un tipo de información que bien pudo adquirirse con ocasión de las negociaciones que necesariamente debieron preceder a la adquisición de tal empresa e incluso a propósito del informe de "due diligence" jurídico o financiero.

CUARTO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso de conformidad con lo previsto en el número 1 del Art. 398 de la L.E.C.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, .de lo que yo el/la Secretario certifico.