



Roj: **SAP M 15159/2011 - ECLI:ES:APM:2011:15159**

Id Cendoj: **28079370282011100324**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **14/10/2011**

Nº de Recurso: **521/2010**

Nº de Resolución: **297/2011**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 4, 17-09-2010,
SAP M 15159/2011**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00297/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN: 521/10.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 411/08.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid.

Parte apelante: "FUNESPAÑA, S.A."

Procurador: Don Isidro Orquín Cedenilla.

Letrado: Don Álvaro Mendiola Jiménez, don Manuel Díaz Baños y doña Leticia Díez-Hochleitner González.

Parte apelada: DON Severino Y DON Jose Daniel

Procurador: Doña Delicias Santos Montero.

Letrado: Don José Luis Fuertes Suárez.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

SENTENCIA Nº 297/2011

En Madrid, a catorce de octubre de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso



de apelación, bajo el núm. de rollo 521/2010, interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de septiembre de 2010, dictada en el juicio ordinario núm. 411/08 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, la mercantil "FUNESPAÑA, S.A."; y, como apelados, DON Severino Y DON Jose Daniel , todos ellos representados y defendidos por los profesionales antes reseñados.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La entidad "FUNESPAÑA, S.A." formuló demanda contra don Severino y don Jose Daniel , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba que:

"1.- Se declare que D. Jose Daniel y D. Severino están actuando deslealmente frente a mi mandante.

2.- Se ordene a los demandados a que cesen en la realización de las actividades desleales que han llevado a cabo, en la realización de manifestaciones denigratorias frente a mi poderdante y frente a sus cargos directivos y empleados y en la realización de actos de confusión como la utilización del nombre de dominio "accionistasfunespana.com".

3.- Se imponga a los demandados el pago de las costas del presente procedimiento."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid dictó sentencia, con fecha 17 de septiembre de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que desestimando totalmente la demanda presentada por el Procurador Don Isidro Orquín Cedenilla, en nombre y representación de FUNESPAÑA, SA, contra Don Jose Daniel y Don Severino , representados por la Procuradora Doña Concepción Puyol Montero, que ha dado lugar a los presentes autos de Juicio Ordinario número 411/2008, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a los citados demandados de todas las peticiones de la demanda, imponiendo a la parte demandante el pago de las costas procesales."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación al que se opuso la parte demandada. Admitido el recurso de apelación por el mencionado juzgado y tramitado en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 13 de octubre de 2011.

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

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda origen de las presentes actuaciones la parte actora, la entidad "FUNESPAÑA, S.A.", formula demanda contra don Jose Daniel , antiguo presidente del consejo de administración de la entidad demandante, y don Severino , exconsejero de la citada mercantil, ejercitando la acción declarativa y de cesación de los actos de competencia desleal que se imputan a los demandados consistentes, en esencia, en los siguientes hechos: a) remisión a socios y competidores de la demandante de una copia de un escrito de fecha 15 de febrero de 2008 presentado por los demandados ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en el que, so pretexto de informar acerca de un pretendido incumplimiento del Código de Buen Gobierno, se vertían falsedades y manifestaciones denigratorias contra la actora (documento nº 6 de la demanda); b) comunicación remitida con fecha 14 de marzo de 2008 por don Jose Daniel al Alcalde de Alcalá de Henares (en su calidad de presidente de la empresa mixta "CEMENTERIO JARDIN DE ALCALÁ DE HENARES, S.A.") en la que se realizaban una serie de manifestaciones denigratorias contra la demandante con ocasión del impago por parte de la reseñada empresa mixta de determinadas facturas emitidas por la sociedad "INVAFI, S.L.", de la que es administrador el Sr. Jose Daniel , por la prestación de determinados servicios legales (documento nº 9 de la demanda); c) campaña denigratoria a través de una cuenta de correo con nombre de dominio "accionistasfunespana.com", titularidad de don Jose Daniel , que también ha ordenado registrar otros similares como "accionistasfunespana.es" y "accionistasfunespana.eu" (documentos nº 12 a 17 de la demanda); d) remisión al Ayuntamiento de Madrid con fecha 21 de abril de 2008 de un escrito denominado informe de auditoría de cumplimiento en la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid (EMSFM) en el que se realizan manifestaciones falsas y denigratorias hacia la entidad demandante (documento nº 18 de la demanda); y e) remisión de una carta el día 3 de julio de 2008 a la EMSFM en la que también se realizan manifestaciones falsas y denigratorias contra la demandante (documento nº 19 de la demanda).



Con base en los hechos descritos, la actora imputaba a los demandados los ilícitos concurrenciales de denigración (artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal), por entender que las afirmaciones contenidas en los escritos y comunicaciones reseñadas eran aptas para menoscabar el crédito de la demandante en el mercado, lo que se hacía por medio de ataques al primer ejecutivo de la compañía, don Fulgencio, vicepresidente ejecutivo de la entidad actora; y, cumulativamente, de engaño (artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal), al considerar que la inexactitud y falsedad de las manifestaciones vertidas por los demandados integraban un patente acto de engaño desleal. Además, se reprochaba a los demandados la comisión de un acto de confusión (artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal) y, cumulativamente, de engaño (artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal), por la utilización del dominio "accionistasfunespana.com" y haber ordenado registrar otros similares como "accionistasfunespana.es" y "accionistasfunespana.eu". Por último, se imputa a los demandados un acto de violación de secretos (artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal) como consecuencia de las revelaciones efectuadas en la carta de fecha 21 de abril de 2008 acerca de las deliberaciones del consejo de administración y de actividades empresariales.

La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demandada por las razones que exponen con relación a los distintos hechos e ilícitos competenciales que se imputan a los demandados y que serán analizadas en los siguientes fundamentos de derecho en la medida que han sido impugnados por la entidad demandante que interesa la revocación de la sentencia y la estimación de su demanda.

La diversidad de hechos que se imputan a los demandados y la batería de ilícitos concurrenciales que se denuncian, impiden estructurar esta resolución siguiendo el orden de los motivos articulados por la parte actora en el recurso de apelación que comienzan con un exordio para a continuación abordar, con carácter general, el ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal (realización de actos en el mercado y finalidad concurrencial) y sólo a continuación se abordan los distintos ilícitos denunciados en la demanda, alterando el orden en que fueron alegados en la demanda y analizados en la sentencia. En consecuencia, por elementales razones sistemáticas, el tribunal analizará los diferentes motivos del recurso en relación con los distintos hechos e ilícitos que se imputaban a los demandados y que han sido rechazados en la sentencia apelada.

Resulta necesario precisar que dada la modificación operada en la Ley de Competencia Desleal por la Ley de 30 de diciembre de 2009, todas las citas legales que se efectúan en la presente resolución se hacen con relación a la redacción vigente con anterioridad a la citada reforma, incluida la numeración, al ser la aplicable al supuesto de autos por razones temporales, en tanto que era la vigente al tiempo de la ejecución de los actos desleales que se imputan a los demandados.

SEGUNDO.- Informe remitido a la CNMV sobre el incumplimiento del Código Unificado de Buen Gobierno.

No es discutido que los demandados, en representación de la agrupación de acciones realizada en la Junta General de la entidad demandante celebrada el día 25 de julio de 2007, presentaron el día 18 de febrero de 2008 ante la CNMV un extenso escrito en el que se denunciaba lo que los demandados consideraban incumplimientos del Código Unificado de Buen Gobierno en el que, según la demandante, se vertían falsedades y manifestaciones denigratorias contra la actora y, entre otras, se afirmaba que determinados consejeros de FUNESPAÑA, de forma consciente, estaban incumpliendo en perjuicio de la sociedad y de los accionistas, entre otras normas, dicho Código; que don Fulgencio había optado por incumplir no sólo el reiterado Código sino cualquier otra norma que hubiera que incumplir; y, en fin, otra serie de imputaciones referidas al vicepresidente ejecutivo de la compañía con relación a determinadas operaciones que buscarían su lucro o beneficio personal, dificultando también el control de la gestión de la sociedad, dando aquí por reproducido, por resultar innecesario hacerlo, el contenido del documento nº 6 de la demanda.

La sentencia apelada precisa que la conducta que se imputaba a los demandados no era la presentación del informe ante la CNMV sino que se difundiera dicho informe entre socios y competidores de la demandada (apartado 24 de la demanda) y que tal hecho no había resultado acreditado y, en consecuencia, rechazaba la comisión de los ilícitos concurrenciales de denigración y engaño que cumulativamente se imputaban a los demandados con base en el citado informe.

Efectivamente, en el reseñado apartado de la demanda se explica que la conducta de los demandados contraria a la Ley de Competencia Desleal ". no radica en el hecho de que se haya dirigido a la CNMV alegando hechos manifiestamente falsos y denigratorios, sino en el hecho de que, con posterioridad, han enviado ese pretendido «informe» conteniendo tales manifestaciones a varios socios y a varios competidores de mi poderdante, al objeto de menoscabar la posición competidora del mismo en el mercado."

En el recurso ni siquiera se intenta rebatir la conclusión alcanzada por el juzgador en la primera instancia conforme a la cual no ha resultado probada la remisión del informe a socios o competidores de la demandante hasta el punto de no dedicar ni una sola línea de su recurso a desvirtuar tal conclusión probatoria y sin que



sea objeto de ninguno de los motivos del recurso de apelación, según la técnica utilizada por el recurrente, la impugnación del quinto fundamento de derecho de la sentencia en el que se analiza el hecho aquí examinado a diferencia del resto de los fundamentos, en los que se analizan los demás hechos alegados en la demanda (sexto a octavo), que sí son objeto de impugnación.

En el motivo del recurso de apelación que antecede al primero y que se rubrica como exordio, el recurrente -sin vincularlo al hecho ahora analizado ni rebatir la falta de remisión a socios o competidores del informe presentado a la CNMV-, sostiene, con ocasión de destacar el hecho de que, a su juicio, don Jose Daniel opera en el mismo mercado que la actora, esto es, en el de los servicios funerarios, que las afirmaciones denigratorias efectuadas por los codemandados tienen un efecto inmediato en la posición competidora de la demandante en tanto que son emitidas por el representante de PARCESA en las juntas de accionistas de FUNESPAÑA, por lo que "su difusión llegará de inmediato a dicha competidora y es ésta misma quien las está difundiendo a través del demandado Sr. Jose Daniel", todo ello sobre la base de que el Sr. Jose Daniel representa a la entidad "PROMOCIONES KEOPS, S.A." en las juntas de socios de FUNESPAÑA, y dicha sociedad es socio único y consejero de la entidad PARCESA que es la principal competidora de la actora.

Resulta patente que la conclusión que alcanza la parte apelante en el motivo introductorio del recurso de apelación no desvirtúa la declarada falta de prueba de la remisión del informe a socios o competidores que se efectúa en la sentencia apelada por muy diversas razones: 1) la afirmación aparece por completo desvincula del hecho analizado en el quinto de los fundamentos de derecho de la sentencia apelada; 2) difícilmente cabría sostener que se difunde determinado hecho a PARCESA cuando se afirma que el hecho es difundido por la propia PARCESA a través de su representante en la junta de accionistas de la actora, el demandado don Jose Daniel; 3) de poder mantenerse con un mínimo de seriedad, lo que no parece que sea posible, que PARCESA fuera la que difunde las manifestaciones denigratorias contra la demandante, resulta inexplicable por qué no se demanda también a dicha sociedad; 4) la cabriola argumental realizada por la recurrente resulta intolerable: PARCESA no es accionista de la entidad demandante ni, en consecuencia, el demandado don Jose Daniel puede representarla en las juntas de accionistas de la actora; 5) por el mero hecho de que la entidad "PROMOCIONES KEOPS, S.A.", accionista de FUNESPAÑA, S.A." en tanto que titular de acciones representativas del 0,53 % de su capital social, junto a otros accionistas, haya otorgado al demandado don Jose Daniel, titular a su vez del 9,64 % capital social, su representación para asistir a alguna junta general de accionistas de la demandante, no implica la automática transmisión del informe ahora analizado, ni de cualquier otra actuación, a dicha mercantil de la que no se ha acreditado, y ni siquiera alegado, que el demandado sea socio, administrador o mantenga cualquier otra vinculación que no sea la derivada de su designación para ostentar la representación de otro accionista en determinadas juntas; 6) no ha resultado acreditado en autos que la entidad "PROMOCIONES KEOPS, S.A." sea socio único y administrador de la entidad PARCESA, hecho negado por los demandados en sus respectivas contestaciones a la demanda -lo que se mantiene con cierta ambigüedad en el escrito de oposición al recurso de apelación- y que no resulta del documento nº 4 de la demanda que consiste en determinadas impresiones de la propia página web de PARCESA en el que no se refleja ninguno de estos datos, documento que la actora confunde con la información corporativa de la citada compañía elaborada por AXESOR que se dice aportar cuando no se hace.

TERCERO.- Comunicación remitida con fecha 14 de marzo de 2008 por don Jose Daniel al Alcalde de Alcalá de Henares.

En realidad se trata de una carta remitida por don Jose Daniel al Alcalde de Alcalá de Henares pero en su condición de presidente de la empresa mixta "CEMENTERIO JARDIN DE ALCALÁ DE HENARES, S.A.", en la que el demandado realizaba una serie de manifestaciones relativas a don Fulgencio con ocasión del impago por parte de la reseñada empresa mixta de determinadas facturas emitidas por la sociedad "INVAFI, S.L.", de la que es administrador el Sr. Jose Daniel, por la prestación de determinados servicios legales. Dicha misiva obra unida a la demanda como documento nº 9 y su contenido se da aquí íntegramente por reproducido sin perjuicio de concretas menciones que se efectuarán a continuación.

La sentencia apelada analiza este hecho junto con las cartas remitidas al Ayuntamiento de Madrid y a la EMSFM y tras admitir que se trata de hechos realizados en el mercado rechaza que se hayan realizado con fines concurrenciales, lo que las excluye del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal (artículo 2), en tanto que la conducta que se reprocha a los demandados no tiene por objeto promover prestaciones propias, ni de tercero, no teniendo otra finalidad que la de criticar la gestión de don Fulgencio como vicepresidente ejecutivo de FUNESPAÑA o como gerente de la EMSFM.

La entidad "CEMENTERIO JARDIN DE ALCALÁ DE HENARES, S.A." está participada por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares (51%) y la entidad "EUROPEA DE FINANZAS Y COMERCIALIZACIÓN DE SERVICIOS EMPRESARIALES, S.A." (49%) y así se deduce del documento nº 7 de la demanda, admitiendo en su contestación el demandado Sr. Jose Daniel que ésta es una filial de la demandante, resultando además



del citado documento que don Fulgencio y don Benedicto son personalmente miembros del consejo de administración de la citada entidad (folio 117 de los autos).

La comunicación ahora analizada, remitida exclusivamente por don Jose Daniel, tenía por objeto informar al presidente de "CEMENTERIO JARDIN DE ALCALÁ DE HENARES, S.A." del impago de ciertos servicios de asesoría o defensa jurídica prestados a dicha entidad por la mercantil "INVAFI, S.L.", de la que es administrador el Sr. Jose Daniel, teniendo origen el impago, a juicio del remitente, en las órdenes dadas a la correspondiente empleada por don Benedicto que transmite las instrucciones de su hermano Fulgencio, con el que aquél había mantenido patentes enfrentamientos en el seno FUNESPAÑA y EMSFM.

En ese contexto, en la misiva se afirma que: " Fulgencio ha venido realizando adjudicaciones de contratos y servicios sin conocimiento ni del Consejo de Funespaña ni de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid (EMSFM), que a partir de febrero de 2006, con motivo de un acuerdo con el Ayuntamiento de Estepona, aparece que el mismo arquitecto que ha contratado Fulgencio en la EMSFM de Madrid y Estepona, al parecer, vecino suyo de Aguamarga (Almería), indica un movimiento de tierras tiene un precio un 400% superior a lo que otro arquitecto con su conocimiento indica puede costar, en el mismo terreno del mismo cementerio.

Comprenderás la incomodidad de los consejeros independientes y mía.

Después del verano, el mismo 2006, nos encontramos con otra extraña adjudicación de la seguridad de la EMSFM, de la que el Consejo de Funespaña solo es informado con posterioridad a que lo haya realizado.

En julio de 2006, en la Comisión de Nombramiento y Retribuciones de Funespaña, al ser preguntado por el trabajo de dos de sus colaboradores de la EMSFM, que no había dado resultado positivo trabajando para Funespaña, ya avisó, que tendría consecuencias en mis retribuciones. Así ha sido.

Desde el 25 de julio de 2007 ha incumplido todas las obligaciones de Funespaña o de su grupo, con los encargos jurídicos de Invafl, conmigo como persona física, o con los Consejeros Independientes.

En estas circunstancias, recibo la carta de Mercedes devolviendo dos facturas, la 311/2007 y 312/2007, correspondientes a servicios encargados por el Cementerio Jardín a Invafl, SL que ha prestado, a plena conformidad y éxito del Cementerio Jardín, S.L."

Al vista de lo anterior, la sala participa plenamente de la valoración efectuada en la sentencia apelada en tanto que la conducta analizada carece de finalidad concurrencial y, además, las manifestaciones efectuadas, de ser inciertas, ni siquiera podrían integrar el ilícito de denigración al no estar referidas a la entidad demandante (a su actividad, prestaciones, establecimiento o relaciones mercantiles) ni ser aptas, en consecuencia, para menoscabar su crédito en el mercado y menos aún, en este caso, por definición, podrían constituir actos de engaño del artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal.

El ámbito objetivo de la Ley de Competencia Desleal viene delimitado por la necesidad de que los actos o comportamientos que se reputan desleales se realicen en el mercado y con fines concurrenciales (artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal) sin que sea necesario que exista una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal por así disponerlo expresamente el artículo 3 de la norma, siempre en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 29/2009, lo que se destaca incluso en la Exposición de Motivos de la Ley al afirmar que no es necesario que entre los sujetos agente y paciente del acto de competencia desleal medie una relación de competencia, desvinculando la persecución del acto de este tradicional requisito que sólo tiene acomodo en el seno de una concepción profesional y corporativa de la disciplina, abandonada por las orientaciones más avanzadas del Derecho comparado, en tanto que el Derecho de la competencia desleal deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado (y en derecho vigente de protección de los consumidores).

Dicho precepto se encuadra, como indicamos en la resolución de este tribunal de fecha 29 de mayo de 2007, citada con profusión por ambas partes -que analizaba en sede cautelar, entre otros actos, el de difamación que se imputaban a un locutor de radio y que poca relación guarda con el supuesto aquí analizado-, entre las disposiciones generales de la Ley, mediante las cuales el legislador delimita el ámbito de las acciones por competencia desleal frente a otras, como pueden ser, en lo que aquí interesa, las acciones de exigencia de responsabilidad civil extracontractual o por difamación. Sólo si la conducta del demandado puede encuadrarse en el ámbito de tales disposiciones generales podrá pasarse a comprobar si se encuadra en alguno de los tipos de ilícitos concurrenciales tipificados en los artículos 6, 7 y 9 de la Ley de Competencia Desleal.

Para que exista un acto de competencia desleal es preciso no sólo que el acto se realice en el mercado, esto es, que esté dotado de trascendencia externa sino que, además, debe llevarse a cabo con fines concurrenciales y, en consecuencia, según se deduce del párrafo segundo del artículo 2 que tenga por finalidad promover o



asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, según se indica en la propia exposición de motivos.

El Tribunal Supremo en sus sentencias de 22 de marzo de 2007 y 22 de noviembre de 2010 destaca que la doctrina no se pone de acuerdo sobre si este último requisito "debe configurarse exclusivamente con un criterio objetivo de idoneidad para influir en el tráfico económico, o es posible una apreciación subjetiva que atienda a la voluntad del agente -ánimo de competir; propósito de incidir en las relaciones económicas condicionando el libre comportamiento de los operadores económicos -.

En relación a la conducta ahora analizada debe rechazarse la concurrencia de la finalidad concurrencial, ya se siga el criterio objetivo o subjetivo como test de control de este requisito, pues la carta remitida al presidente "CEMENTERIO JARDIN DE ALCALÁ DE HENARES, S.A." ni está dirigida, ni tiene objetivamente aptitud para alterar la posición de los operadores en el mercado o influir en la formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas en relación a la prestación de servicios funerarios. Su exclusiva finalidad, desde el punto de vista subjetivo, es lograr el cobro de determinados servicios informando al presidente de la compañía a la que se dirige la carta de los obstáculos que, según el remitente, han impedido su abono.

El recurso reprocha a la sentencia partir de un completo desconocimiento del mercado de servicios funerarios, ignorancia que esta sala comparte -y que extiende a la infinidad de mercados en los que se desarrolla la actividad económica- en la medida en que la actora no tuvo a bien efectuar el menor esfuerzo, no ya probatorio, sino simplemente alegatorio para definir el mercado de referencia, cuya delimitación pretende efectuarse en el recurso con la parcial transcripción de un informe del Ministerio de Economía y Hacienda relativo a la oferta de servicios funerarios, indicándonos la página web en la que podemos consultarlo, lo que por esta vía convertiría el universo de información existente en la red en prueba documental a consultar libremente por los tribunales cómo y cuándo consideraran más oportuno con manifiesta infracción del artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de las reglas que regulan la alegación y prueba de los hechos en que pretendan fundar sus pretensiones las partes.

Por lo demás, aunque ya no sería necesario analizarlo, las afirmaciones, efectuadas en la carta ni siquiera podrían considerarse denigratorias para la entidad demandante, aunque se consideraran inexactas, falsas o impertinentes, en la medida en que no son aptas para menoscabar su crédito en el mercado sino que aluden, por un lado, a actuaciones de don Fulgencio en la EMSF de Madrid y Estepona realizando adjudicaciones de contratos y servicios, concretamente la contratación de un determinado arquitecto, según se afirma vecino de don Fulgencio en Aguamarga, sin dar cuenta al consejo de EMSFM ni al de FUNESPAÑA, accionista de aquella, así como de la extraña adjudicación de la seguridad de la EMSFM dando cuenta con posterioridad a su adjudicación al consejo de FUNESPAÑA y, de otro, a que como consecuencia de la solicitud de información sobre dos colaboradores de don Fulgencio en la EMSFM efectuada en la Comisión de Nombramientos y Retribuciones celebrada en julio de 2006, ya avisó (don Fulgencio) que dicha actitud tendría consecuencias en las retribuciones (de los solicitantes de la información) como de hecho se dice que ha ocurrido al haber incumplido todas las obligaciones de FUNESPAÑA o de su grupo para con "INVAFI, S.L.", don Jose Daniel y los consejeros independientes, incumplimiento que se reprocha o imputa no a la sociedad FUNESPAÑA sino a la actitud de don Fulgencio, lo que no es lo mismo a los efectos que aquí interesan aun cuando la obligación, como es obvio, la cumpla o la deje de cumplir la sociedad pero el reproche no se proyecta sobre la persona jurídica sino sobre determinada persona física en represalia de determinada conducta.

Por otro lado, es cierto que puede menoscabarse el crédito en el mercado de un operador económico con forma societaria atribuyendo a sus empelados, directivos o cargos relevantes determinadas conductas en la medida en que las mismas se proyecten sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones comerciales de la persona jurídica. Ahora bien, lo que no puede identificarse siempre y en todo caso es la actuación del órgano de administración con la persona jurídica y menos aún con la de un consejero aun cuando sea su vicepresidente ejecutivo, cuyas concretas facultades tampoco constan.

En el supuesto de autos, el reproche de determinadas actuaciones de don Fulgencio como gerente de la EMSFM, cargo que ostenta personalmente aquél, o incluso como administrador de la entidad demandante, no se proyecta sobre la propia persona jurídica sino exclusivamente sobre el afectado sin que cualquier crítica o comentario referido a un administrador se convierta en crítica o comentario de la persona jurídica.

Por último, no resulta justificable en una demanda de las características de la presentada y formulada con el rigor que se la debería presumir, que se pretendan subsumir, cumulativamente, las manifestaciones que se reputan denigratorias, en el ilícito concurrencial de engaño (artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal) al considerar que la inexactitud y falsedad de las manifestaciones vertidas por los demandados integran un patente acto de engaño desleal.



Que las manifestaciones aptas para menoscabar el crédito en el mercado no sean exactas, verdaderas y pertinentes constituye requisito del ilícito de denigración sin que por ello pueda apreciarse una especie de concurso ideal con el ilícito de engaño del artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal.

Para descartar, de plano, la concurrencia del ilícito de engaño basta señalar que éste debe recaer sobre las prestaciones del sujeto favorecido con las indicaciones efectuadas u omitidas, esto es, dichas indicaciones han de referirse a la persona cuyos productos o servicios se promocionan o a su actividad, prestaciones o establecimiento, pues cuando se refieren a las prestaciones de un tercero podría, en su caso, subsumirse en el ilícito de denigración, siendo éste, precisamente, el criterio de delimitación de ambos ilícitos.

CUARTO.- Campaña denigratoria (y de engaño) a través de una cuenta de correo con nombre de dominio "accionistasfunespana.com" y actos de confusión vinculados a registro del dominio y otros similares.

Bajo este apartado lo que se reprocha a ambos demandados es la realización de una campaña denigratoria de la demandante a través de una cuenta de correo con nombre de dominio "accionistasfunespana.com", titularidad de don Jose Daniel, el cual también ha ordenado registrar otros similares como "accionistasfunespana.es" y "accionistasfunespana.eu".

La demandante considera que la campaña denigratoria efectuada a través de ese dominio constituye un acto de competencia desleal de denigración y, cumulativamente, de engaño y, además, que la utilización del nombre de dominio "accionistasfunespana.com", así como ordenar el registro de otros similares como "accionistasfunespana.es" y "accionistasfunespana.eu" constituye un acto de confusión del artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal y, de nuevo y también cumulativamente, de engaño del artículo 7.

La sentencia apelada desestima las acciones ejercitadas con fundamento en los hechos objeto de este epígrafe, sin perjuicio de la general declaración contenida en su octavo fundamento de derecho sobre la falta de concurrencia de los requisitos del artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal, porque el conjunto documental agrupado como documento nº 12 de la demanda con el que se pretendía acreditar la campaña denigratoria y los actos de engaño carecen de poder de convicción para tal fin en tanto que expresamente se declara que no consta que se trate de comunicados hechos a través del citado dominio o, en su caso, por los demandados; y respecto de los actos de confusión vinculados al registro del dominio, porque el hecho de que el mismo esté registrado a nombre del demandado don Jose Daniel no implica conducta alguna incardinable en el artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal.

El recurrente hace caso omiso de la valoración probatoria efectuada en la sentencia apelada e insiste en que a través de la citada cuenta de correo se ha efectuado una campaña denigratoria de la demandante que integra los ilícitos concurrenciales de denigración y, además, de engaño porque las manifestaciones efectuadas son falsas e inexactas.

No habiendo combatido la recurrente la afirmación efectuada en la sentencia de primera instancia según la cual no consta que las informaciones aportadas bajo el documento nº 12 tengan como fuente el citado dominio o los demandados, no cabe sino confirmar la sentencia en este particular pues no cabe imputar a los demandados actos de denigración o engaño cuando se desconoce el origen o la fuente del comunicado y de las informaciones que integrarían la supuesta campaña denigratoria o el engaño, todo ello sin perjuicio de dar aquí por reproducida la imposibilidad conceptual de apreciar en "concurso ideal" los actos desleales de denigración y engaño.

En todo caso, según resulta del comunicado aportado por la parte actora como parte del documento nº 12 (folio 152), lo que utilizan los demandados es una cuenta de correo, concretamente, con la dirección inversoresaccionistafunespana.com, para que otros accionistas de la compañía puedan dirigirse a ellos, lo que no puede constituir acto desleal de engaño o denigración, tratándose, según se afirma, de comunicaciones por correo electrónico cuyo contenido se ignora y que no puede confundirse o, con mayor precisión, pretender que el tribunal lo confunda, con un foro de acceso público en internet o con la creación de una página web en la que se pudieran verter manifestaciones denigratorias contra la demandante.

Por otro lado, que los demandados utilicen una cuenta de correo electrónico bajo el dominio "accionistafunespana.com", registrado a nombre de don Jose Daniel no integra acto de confusión del artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal.

No cabe duda de que en los actos de confusión del artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal el objeto sobre el que recae la conducta son las creaciones formales, esto es, los signos distintivos en sentido amplio y la presentación de los productos o servicios, generando de este modo el riesgo de confusión, que incluye el de mera asociación, sobre el origen empresarial de determinados productos o servicios, lo que excluye el ilícito denunciado por la utilización de un correo electrónico bajo el dominio "accionistafunespana.com" cuando a través del mismo no se presta servicio alguno sirviendo para que tu titular reciba comunicaciones electrónicas.



Cuestión distinta es si el registro del dominio "accionistasfunespana.com" infringe o no derechos de propiedad industrial de la demandante cuya represión no debe buscarse en la de la Ley de Competencia Desleal sino ejercitando las correspondientes acciones nacidas del derecho de exclusiva. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2008 señala que: ". la Ley de Competencia Desleal, como viene reiterando esta Sala, no duplica la protección jurídica que otorga la normativa de propiedad industrial, y en concreto la que dispensa el sistema de marcas para tales signos distintivos, de modo que tiene carácter complementario (SS. 13 y 21 de junio y 4 de septiembre de 2.006, y 17 de julio de 2.007), pero no puede suplantarla y menor sustituirla (S. 1 de abril de 2.004) funcionando ante la inexistencia de unos derechos de exclusión ("en lugar de") o bien más allá de los lindes objetivos y del contenido del correspondiente derecho de exclusión (S. 20 de mayo de 2.008)". En similar sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2011 recuerda que: "La Ley 3/1.991 no tiene, sin embargo, por misión directa proteger los derechos de exclusiva sobre los signos registrados, sino la de servir de instrumento de ordenación de conductas en el mercado - sentencia de 4 de marzo de 2.010 -. Por ello, aunque los puntos de contacto entre la legislación sobre competencia desleal y sobre marcas son numerosos y variados, cuando se denuncia la infracción de un signo protegido por la segunda -por generar el uso del infractor un riesgo de confusión o por establecer una conexión entre los productos o servicios o dar lugar a un aprovechamiento indebido o menoscabar el carácter distintivo o la notoriedad o renombre del prioritario, en sus respectivos casos- ha de ser la segunda la aplicable."

Menor consistencia tiene aún la imputación de un acto de confusión del artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal por el hecho de ordenar a un intermediario el registro de los dominios "accionistasfunespana.es" y "accionistasfunespana.eu", finalmente traspasados a la propia demandante y que nunca han sido registrados a nombre de los demandados ni utilizados por los mismos, por lo que, además, tal hecho ni siquiera habría tenido manifestación externa tal y como exige el artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal, ni puede producir confusión alguna.

Por último, la demandante afirmaba en su demanda y mantiene en su recurso que la utilización por los demandados del nombre de dominio "accionistasfunespana.com", así como ordenar el registro de otros similares como "accionistasfunespana.es" y "accionistasfunespana.eu" constituye no solo un acto de confusión sino también de engaño sin más argumentación que la mera formulación de su afirmación y, en consecuencia, no parece razonable exigir al tribunal más argumentación para rechazar dicho ilícito que su mera negación. En todo caso, basta con dar aquí por reproducido lo razonado anteriormente sobre la el ilícito de engaño para comprender la inconsistencia de su imputación.

QUINTO.- Escrito remitido al Ayuntamiento de Madrid de fecha 21 de abril de 2008 denominado informe de auditoría de cumplimiento de la EMSFM.

En realidad se trata de un escrito remitido por los demandados a la Intervención del Ayuntamiento de Madrid, como consejeros de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid (EMSFM), con relación al informe de auditoría de cumplimiento de EMSFM del ejercicio 2006 elaborado por la Inspección General del Ayuntamiento de Madrid que obra unido a los autos como documento nº 18 de la demanda, que aquí se da íntegramente por reproducido, en el que según la demandante se realizan manifestaciones falsas y denigratorias y se revelan determinados secretos empresariales al divulgar información acerca de las deliberaciones del consejo de administración, de los planes de negocio de la actora, de la marcha de sus proyectos, de la identidad de sus proveedores y de un sinnúmero de hechos que repercuten en el mercado en el que la actora presta sus servicios, eso sí, cuidándose de no precisar ni uno sólo de los secretos supuestamente revelados.

Los referidos hechos integran, a juicio de la demandante, los ilícitos concurrenciales de denigración (artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal), engaño (artículo 7) y violación de secretos de secretos (artículo 13).

La sentencia apelada desestima las acciones ejercitadas con fundamento en los hechos aquí analizados porque, como ya se indicó con relación a la carta remitida al presidente de la empresa mixta "CEMENTERIO JARDIN DE ALCALÁ DE HENARES, S.A.", aunque admite que se trata de hechos realizados en el mercado, rechaza que se hayan realizado con fines concurrenciales, lo que los excluye del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal (artículo 2), en tanto que la conducta que se reprocha a los demandados no tiene por objeto promover prestaciones propias, ni de terceros, no teniendo otra finalidad que la de criticar la gestión de don Fulgencio como vicepresidente ejecutivo de FUNESPAÑA o como gerente de la EMSFM, según los casos, se entiende, dado que en la sentencia se analizan conjuntamente tres de las cuatro comunicaciones reseñadas por la parte actora. Tampoco aprecia la concurrencia de acto desleal de violación de secretos, en esencia, porque considera que ninguno de los hechos expuestos en el escrito de 21 de abril de 2008 constituyen secreto empresarial.

5º.1.- Actos de denigración y engaño.



No es discutido que la EMSFM está participada por el Ayuntamiento de Madrid y por la entidad demandante, aunque tampoco consta la participación de cada uno de los socios y si hay otros accionistas, siendo gerente de la EMSFM don Fulgencio que, no hace falta recordar, también es vicepresidente ejecutivo de la entidad actora.

En dicho escrito, los demandados en su calidad de consejeros de la EMSFM, de la que es gerente don Fulgencio, efectúan alegaciones al informe de auditoría de la referida empresa mixta correspondiente al ejercicio 2006 y, en esencia, las referencias que en el mismo se efectúan son críticas a su actuación como gerente de la citada empresa y sólo tangencialmente aluden a la entidad demandante.

Así, en realidad, los pasajes que del referido escrito se destacan en la demanda y en el recurso, si no se extraen de su verdadero contexto, se refieren a que don Fulgencio, como gerente de la EMSFM, que no como vicepresidente ejecutivo de la demandante, en sus alegaciones al informe de auditoría elaborado por la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid "omite y manipula información que puede ser relevante para esa Intervención al poder estar causando perjuicio al Ayuntamiento de Madrid, a FUNESPAÑA y a sus accionistas de buen fe, como consecuencia del control exclusivo y personal que el Gerente de la EMSFM está realizando de las adjudicaciones a proveedores de contratos de la EMSFM, especialmente relativos a los cementerios municipales de Madrid", añadiendo, con relación a una concreta de las alegaciones del gerente de la EMSFM al informe de auditoría que los remitentes transcriben literalmente que: "Entre los «supuestos anteriores» (se refería el gerente a supuestos en que no era factible la aplicación del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) el Gerente cita alguno, sin indicar que se compra a sí mismo, no dice exactamente la realidad en otro, oculta otros en los que está personalmente interesado o lo están amigos o familiares suyos, no indica todas las compras, especialmente relacionadas con cementerios en los que no aplica los principios de publicidad y concurrencia, y tampoco indica si, además del Gerente, hay alguien más, empleado o no, vinculado a la EMSFM que tenga interés con proveedores a los que le adjudica en unos casos directamente, en otros dando una apariencia de que existe concurso, algunos de los contratos de la EMSFM, especialmente relacionados con los cementerios.

En el citado escrito también se indica que el gerente de la EMSFM reconoce haber comprado para dicha empresa féretros a la entidad "MOULD WOOD, S.L.", de la que se afirma que el propio gerente es titular del 75% de su capital social y presidente (del consejo de administración, se entiende) por lo que: "Quiere decirse que el Gerente de la empresa municipal se compara a sí mismo féretros por importe de 219.805,63 € sin cumplir los principios de publicidad y concurrencia «tratando de justificar la extraña contratación» en algo que es irrelevante a estos efectos, con el material de que está hecho", añadiendo a continuación que: "Hoy está acreditado, entonces no se conocía, que lo que en principio parecía una legítima actividad empresarial, en realidad es un amplia red para adjudicarse a sí mismo, familiares y amigos contratos de proveedores de la EMSFM y de Funespaña, a costa del Ayuntamiento de Madrid, Funespaña y de sus accionistas. El Gerente ha ocultado a los Consejeros de la EMSFM y de Funespaña la realidad de sus intereses con proveedores, y las adjudicaciones en las que tiene interés, directo o indirecto, que ha realizado sin comunicarlo a los respectivos consejos".

Analizadas en su contexto las manifestaciones vertidas en las alegaciones efectuadas por los demandados -como consejeros de la EMSFM-, al informe de auditoría emitido, en ejercicio de sus funciones, por la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid con relación a la cuentas de la citada empresa correspondientes al ejercicio 2006 y sin analizar ya si realmente se trata de un acto realizado en el mercado, lo que resulta indudable es que el mismo carece, efectivamente, de finalidad concurrencial, reiterando aquí lo expuesto en el tercero de los fundamentos de derecho de esta resolución sobre el citado requisito en tanto que no está dirigida, ni tiene objetivamente aptitud, para alterar la posición de los operadores en el mercado o influir en la formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas en relación a la prestación de servicios funerarios. Desde el punto de vista subjetivo, su exclusiva finalidad, en este caso, es denunciar ante la intervención General del Ayuntamiento de Madrid las irregularidades, que a juicio de dos consejeros de la EMSFM, ha cometido el gerente de la citada empresa y sólo de forma tangencial se alude a la adjudicación de contratos en FUNESPAÑA, reiterando ahora lo señalado en citado fundamento de derecho sobre la imposibilidad de identificar siempre y en todo caso la actuación del órgano de administración con la persona jurídica y menos aún con la de un consejero aun cuando sea su vicepresidente ejecutivo, cuyas concretas facultades tampoco constan, así como que el reproche de determinadas actuaciones de don Fulgencio como gerente de la EMSFM, cargo que ostenta personalmente aquél, o incluso como administrador de la entidad demandante, no se proyecta sobre la propia persona jurídica sino exclusivamente sobre el afectado sin que cualquier crítica o comentario referido a un administrador se convierta en crítica o comentario susceptible de afectar a la persona jurídica.

Por razones ya reiteradas, las anteriores manifestaciones, en ningún caso, podrían integrar el ilícito concurrencial de engaño del artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal.



5º.2.- Actos de violación de secretos.

Ya anticipábamos en la parte introductoria de este fundamento de derecho que la demandante reprocha a los demandados que en el escrito presentado ante la Intervención del Ayuntamiento de Madrid revelan determinados secretos empresariales al divulgar información acerca de las deliberaciones del consejo de administración, de los planes de negocio de la actora, de la marcha de sus proyectos, de la identidad de sus proveedores y de un sinnúmero de hechos que repercuten en el mercado en el que la actora presta sus servicios, sin embargo, ni siquiera precisó en la demanda ni uno sólo de los secretos supuestamente revelados, lo que por sí sólo justificaría el rechazo del motivo de apelación ahora analizado.

En todo caso, recordar que ante la falta de definición legal de secretos industriales o empresariales podemos entender como tales: aquel conjunto de informaciones o conocimientos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la producción o prestación de un servicio o bien para la organización y financiación de una empresa.

En otros términos, y siguiendo el artículo 39.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC; BOE de 24 de enero de 1995), para que la información empresarial pueda considerarse secreto y sea susceptible de protección es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- 1) Que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión.
- 2) Que tenga un valor comercial por ser secreta.
- 3) Que haya sido objeto de medidas razonables, atendidas las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla (también, en sentido análogo, artículo 1.7 del Reglamento CEE núm. 556/89, de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de Know-How).

En definitiva, la información es secreta cuando los terceros y, especialmente, los terceros interesados en disponer de ella, no tienen conocimiento en general de la misma, bien de la totalidad de la información, bien de una parte esencial de la misma o bien del resultado de la interacción de las partes.

La parte actora confunde el deber de secreto que pesa sobre los administradores de una sociedad (artículo 127 quáter de la Ley de Sociedades Anónimas que ahora se reproduce en el vigente artículo 232 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) que impone a los mismos, aun después de cesar en sus funciones, guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial y la necesaria reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social, con los secretos industriales o cualquier otra especie de secretos empresariales en los términos que han quedado ya definidos.

La parte actora, con independencia de que los demandados hayan faltado o no a su deber de secreto como administradores de la entidad actora, lo que no es aquí objeto de examen, no ha acreditado que los demandados hayan revelado información alguna que tenga la consideración de secreto empresarial, es más, como ya hemos reiterado en la demanda no se alude a ninguna concreta información que pudiera reunir los requisitos de secreto empresarial y en el recurso se menciona a la decisión de inversión en Argentina que, además, de no concretarse en la demanda como secreto empresarial, no se menciona en la comunicación de 21 de abril de 2008 y tampoco se ha acreditado que reúna los requisitos para que tal información pudiera ser considerada como secreto empresarial.

SEXTO.- Carta enviada el día 3 de julio de 2008 por don Jose Daniel a la EMSFM.

Se trata de una carta enviada por don Jose Daniel al presidente de la EMSFM en la que la demandante considera que los demandados efectúan manifestaciones denigratorias y engañosas constitutivas de los correspondientes ilícitos concurrenciales de los artículos 9 y 7 de la Ley de Competencia Desleal. Dicha carta se aporta como documento nº 19 de la demanda y su contenido se da aquí íntegramente por reproducido.

La sentencia apelada rechaza las acciones ejercitadas con fundamento en las manifestaciones efectuadas en la misiva de referencia por las mismas razones ya expuestas con relación a la carta remitida al presidente "CEMENTERIO JARDIN DE ALCALÁ DE HENARES, S.A." y del escrito presentado ante la Intervención del Ayuntamiento de Madrid.

En la carta remitida el 3 de julio de 2008, el demandado don Jose Daniel, como consecuencia de las noticias aparecidas en la prensa sobre la sentencia del "caso funeraria" y de la junta de accionistas de la



entidad demandante - accionista de la EMSFM- celebrada el día 26 de junio de 2008, efectúa una serie de manifestaciones relativas a lo acontecido en la referida junta y con relación a la gestión de don Fulgencio como gerente de la EMSFM.

En este contexto, en la propia demanda se destacan los siguientes párrafos de la misiva: "La realidad es que se han venido realizando adjudicaciones (en la EMSFM) en las que no se han respetado los principios de publicidad y concurrencia establecidos por la Disposición Adicional Sexta de la Ley de contratos con las Administraciones Públicas, de forma aparentemente irregular, en las que pueden existir vinculaciones o con el gerente o con el jefe de obra de la EMSFM, y no se ha dado cuenta de ello ni al Consejo de la EMSF ni al Consejo de Funespaña ni a la Comisión del Mercado de Valores, como es obligatorio". A continuación, en relación a la compra de féretros que efectúa EMSFM a la compañía "MOUL WOOD, S.L.", se indica: "Por tanto parece ser un negocio personal del gerente, en su propio beneficio a base de comprar aproximadamente 1.400 féretros al año de la EMSFM, que el propio gerente se compra a sí mismo, sin cumplir los principio de publicidad y concurrencia".

En la carta también se expone que en la Junta General de accionistas de FUNESPAÑA se solicitó una investigación de todas las adjudicaciones realizadas a RÍO IGUAZÚ en las que hubiera participado el gerente de EMSFM o el jefe de obras, todo ello porque éste está vinculado con la citada entidad "RÍO IGUAZÚ" que ha resultado adjudicataria de un sinnúmero de obras de la EMSFM y a propósito de estas circunstancias se afirma que: "Esta vinculación se ha empezado a estudiar a partir de la extraña adjudicación «directa» de las obras de Funespaña a Río Iguazú por el Vicepresidente Ejecutivo Sr. Fulgencio , y de la obsesiva ocultación de las facturas impagadas por Funespaña a Río Iguazú a pesar de solicitárselas reiteradas veces".

Por último, se destaca que: "La conducta del gerente y del jefe de obras (de EMSFM) está expresamente prohibida por el artículo 12.1.a), b), c) y d), de la Ley de Incompatibilidades que ni admiten excepción ni autorización de compatibilidad".

Las anteriores manifestaciones, como en el supuesto contemplado en el anterior fundamento de derecho, carecen, como mantiene la sentencia apelada, de finalidad concurrencial afectando exclusivamente a la actuación de don Fulgencio , reiterando aquí lo expuesto en el tercero de los fundamentos de derecho de esta resolución sobre el citado requisito en tanto que no están dirigidas, ni tiene objetivamente aptitud, para alterar la posición de FUNESPAÑA en el mercado o influir en la formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas en relación a la prestación de servicios funerarios. Desde el punto de vista subjetivo su exclusiva finalidad, en este caso, es denunciar ante el presidente de la EMSFM las irregularidades que, a juicio de don Jose Daniel -accionista de FUNESPAÑA que, a su vez, es accionista de la empresa mixta-, ha cometido el gerente de la citada empresa -don Fulgencio -, así como el Jefe de obras en el desarrollo de sus funciones en la EMSFM, sin que pueda confundirse ni identificarse la actuación del gerente de la EMSFM con la del vicepresidente de la entidad demandante, aunque el cargo lo ostente la misma persona física, don Fulgencio , y menos aún entender que los reproches que puedan efectuarse al gerente de la EMSFM lo sean a la entidad demandante, "FUNESPAÑA, S.A.", aun cuando ésta participa en el capital social de aquélla y la designación de la persona de don Fulgencio como gerente de la EMSFM tenga causa, como es evidente, en su posición en "FUNESPAÑA, S.A."

Ni siquiera los reproches que puedan efectuarse a un miembro del consejo de administración de una sociedad tienen, en todo caso, que proyectarse sobre la sociedad, como ya hemos señalado en fundamentos anteriores a los que nos remitimos y, en el supuesto enjuiciado, desde luego, no se aprecia así, en tanto que lo que se afirma en la carta es que en la junta general de accionistas de FUNESPAÑA se ha solicitado una investigación de las adjudicaciones que se hubieran realizado a la empresa RÍO IGUAZÚ, así como al conjunto de empresas a las que esté directa o indirectamente vinculado don Fulgencio o que él haya participado en la adjudicación de servicios, obras o contratos pagados con fondos de la EMSFM, de FUNESPAÑA o de cualquiera otra de las empresas que consolidan el grupo, petición que, por otra parte, es rigurosamente cierta -documento nº 5 de la demanda y, concretamente así consta en el folio 85 de los autos-. En este contexto es en el que hay que entender la afirmación relativa a la "extraña adjudicación «directa» de las obras de Funespaña a Río Iguazú por el Vicepresidente Ejecutivo Sr. Fulgencio y de la obsesiva ocultación de la facturas pagadas por Funespaña a Río Iguazú".

La apreciación de la finalidad concurrencial de los hechos denunciados no puede encontrar apoyo en la carta aportada por la parte demandante como documento nº 10 de la demanda, tergiversando la parte actora la realidad de los hechos con manifiesta mala fe y deslealtad procesal.

Dicha carta fue remitida, efectivamente, por el presidente de la EMSFM y Concejal del Área de Gobierno y Seguridad de Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid al presidente de FUNESPAÑA, S.A.", en contestación a otra previa remitida por éste -cuyo exacto contenido se ignora-, poniendo aquél de manifiesto



que no estaba dispuesto a permitir que las diferencias en el consejo de administración de FUNESPAÑA se trasladaran a la EMSFM, sino que, por el contrario, el Ayuntamiento podría estudiar y adoptaría las medidas que considerara oportunas si de los problemas que pudieran surgir de esas diferencias afectaran a la gestión en la empresa mixta.

Según la parte actora, dicha comunicación pone de manifiesto los graves efectos que está produciendo en el mercado de los servicios funerarios la estrategia desestabilizadora y denigratoria llevada a cabo por los demandados. Sin embargo, silencia y oculta que dicha carta fue remitida al presidente del consejo de administración de "FUNESPAÑA, S.A." cuando ostentaba tal cargo, precisamente, el demandado don Jose Daniel, cesado el 25 de julio de 2007, por lo que resulta patente que, difícilmente, la carta de 29 de noviembre de 2006 puede ser manifestación de la posterior campaña denigratoria que se imputa a los demandados como consecuencia de su cese en el consejo de administración de la entidad demandante y, en consecuencia, no expresa sino la patente y prolongada situación de enfrentamiento personal entre determinados socios y/o administradores de la entidad demandante sin que parezca prudente identificar los intereses personales de unos y otros con los de la sociedad que, quizás, se están desconociendo por los interesados.

Por otro lado, tampoco hace falta reiterar los motivos por los que, en ningún caso, el contenido de la carta podría integrar el ilícito concurrencial de engaño del artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal, dando aquí por reproducido lo ya expuesto sobre el mismo con ocasión de las otras comunicaciones que también se consideraban como actos de engaño partiendo de un indebido concepto del mismo.

Aun cuando en la demanda sólo se alude a la violación de secretos con ocasión del escrito remitido a la Intervención del Ayuntamiento de Madrid de fecha 21 de abril de 2008 (párrafo 70 de la demanda) al que hay que entender referida la fundamentación jurídica de dicho ilícito y así lo ha entendido la sentencia apelada, por si pudiera entenderse que la revelación de secretos se extiende a cualquier otra de las comunicaciones objeto de la demanda como parece apuntarse en el recurso de apelación (folios 28 y 29), además de ser una cuestión nueva prohibida por el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sería de aplicación lo expuesto en el fundamento anterior para rechazar dicho ilícito.

Por último, en el recurso de apelación se reprocha a la sentencia apelada, hasta calificarlo de inaudito, que no haya ni siquiera mencionado la sentencia dictada con fecha 16 de febrero de 2009 por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Almería, confirmada por la de la Audiencia Provincial de 22 de marzo de 2010, crítica que no se comparte en la medida que tales resoluciones no son relevantes para la resolución del litigio objeto de autos. El proceso resuelto por las mencionadas sentencias fue promovido por don Jose Daniel y dos sociedades accionistas de FUNESPAÑA en virtud de demanda en la que se pretendían la nulidad de los acuerdos de la junta general de accionistas de la aquí demandante en los que se había acordado el cese de los aquí demandados, entre otros pedimentos, por entender que habiendo sido designados por la minoría en virtud de agrupación de acciones y por el sistema proporcional no podían ser cesados sin justa causa, además de haberse efectuado fuera del orden del día. Dicha demanda fue desestimada en primera instancia y confirmada en apelación, al apreciar que el cese había sido justificado por la deslealtad de los consejeros allí demandantes concretado en las comunicaciones remitidas al Ayuntamiento de Alcalá de Henares -se refiere a la carta remitida al presidente de la entidad "CEMENTERIO JARDIN DE ALCALÁ DE HENARES, S.A."- y a la Intervención del Ayuntamiento de Madrid. Sin embargo, que dicha conducta tenga la consideración de justa causa para cesar a dos consejeros designados por la minoría, tal y como ha sido declarado en ese proceso, no implica que dichas comunicaciones sean constitutivas de actos desleales de difamación, engaño o violación de secretos, al margen de que algunas de las valoraciones efectuadas en los fundamentos de derecho de las referidas sentencias y, concretamente, en la de primera instancia, no puedan vincular en este procedimiento cuyo objeto es completamente distinto.

SÉPTIMO.- La parte actora interesaba, para el caso de que se desestimase el recurso de apelación y se confirmase la desestimación de las acciones de competencia desleal, que no se efectuase imposición de costas en ninguna de las dos instancias al entender que el caso presentaba serias dudas de derecho hasta el punto de que la sentencia de primera instancia estima probados todos los hechos alegados en la demanda aunque no los considerara merecedores del reproche de la Ley de Competencia Desleal.

La sala no comparte la opinión del apelante pues considera que el caso no presenta serias dudas de derecho, tal y como se deduce de los razonamientos contenidos en los anteriores fundamentos de derecho. Serias dudas, por lo demás, que no nos indica el apelante y que nada tienen que ver con la supuesta aceptación por la sentencia apelada de todos los hechos invocados en la demanda que, en realidad y por otra parte, se circunscribe a las comunicaciones remitidas por los demandados a distintas sociedades y organismos públicos.

En consecuencia, también debe confirmarse el pronunciamiento de la sentencia apelada en materia de costas procesales.



OCTAVO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como prevé el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 394 del mismo texto legal, sin que, como se ha expuesto en el fundamento anterior, se aprecien serias dudas de derecho para la resolución del recurso de apelación.

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

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador don Isidro Orquín Cedenilla en nombre y representación de la entidad "FUNESPAÑA, S.A." contra la sentencia dictada con fecha 17 de septiembre de 2010 por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid en los autos de juicio ordinario número 411/2008, del que este rollo dimana.

2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores 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.