

AC 1996\1942

Auto Audiencia Provincial Madrid (Sección 5ª), de 1 julio 1996

Jurisdicción: Civil

Rollo de Apelación núm. 275/1996.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Arias Rodríguez.

Texto:

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en lo pertinente los fundamentos jurídicos del auto apelado, en cuanto no se opongan a los siguientes:

PRIMERO.- Para el mejor enjuiciamiento del «thema decidenci» se hace preciso, siguiendo el hilo argumentativo utilizado acordemente por las Direcciones Técnicas de las partes apelantes, establecer con carácter preliminar una primera consideración jurídica, que sirva a modo de premisa general del tratamiento que debe ser dispensado a los diversos alegatos proyectados frente al Auto emitido el 30 diciembre 1995 y con los que se construye la producción de indefensión de que se acusa a la citada resolución, a saber, que una ya reiterada jurisprudencia constitucional ha proclamado que en principio no cabe hablar de vulneraciones del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y sin indefensión hasta que no se pronuncie sentencia u otra resolución definitiva, y que los defectos o errores cometidos en fases intermedias, o incidentes cautelares del procedimiento, no son en principio susceptibles de vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial que enuncia el artículo 24.1.º CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), porque en el momento en que se producen las resoluciones judiciales intermedias o cautelares, los derechos o intereses respecto de los cuales se ha solicitado dicha tutela se encuentran pendientes de resolución por parte de la jurisdicción ordinaria, y es la resolución judicial que concluye el proceso la que debe ofrecer la tutela que ordena el artículo 24.1 de la Constitución y, por ende, satisfacer el derecho fundamental allí reconocido a los justiciables («ad exemplum», STC 237/1991 [RTC 1991\237], de 12 diciembre y ATC 63/1993, de 25 febrero), y si bien en la misma STC 237/1991 se enumeran distintos supuestos en que, no obstante, una decisión judicial cautelar sí podría vulnerar por sí sola el artículo 24.1 de la CE, ello se produciría tan sólo, como se puntualiza en la propia resolución, cuando la medida impidiera al proceso alcanzar sus fines, haciendo así imposible la efectiva tutela judicial posterior, ya por desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretendía, ya por prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso, lo que no acontece en el supuesto que contemplamos y nada se ha invocado en este sentido. En suma, no se ha conculcado el derecho subjetivo público a la tutela judicial efectiva al no impedirse un pronunciamiento final sobre el fondo del asunto en el que o bien se denieguen las pretensiones de las entidades mercantiles contra las que se promovieron las medidas o bien se estimen.

Pero es que si, haciendo abstracción de dicha doctrina constitucional -al entender que la tutela judicial efectiva ha de operar con la misma amplitud en el marco de las medidas cautelares y reputar, consiguientemente, tal criterio jurisprudencial como plafond mínimo de protección jurisdiccional de los derechos subjetivos de índole procesal instaurados en el artículo 24 de la «Norma Normarum», lo que se dice a mayor abundamiento, ya que tal posibilidad, a diferencia de lo que puede suceder en otros

supuestos, es descartable en términos generales en el ámbito del procedimiento incidental en que nos movemos por el propio carácter asignable a las medidas indicadas- nos adentramos en el examen de la transgresión del artículo 24 del Texto Constitucional denunciada en el mismo acto de la celebración de la comparecencia de las medidas cautelares a la actuación del órgano jurisdiccional «a quo», es de concluir que la alegación de indefensión sostenida por la representación causídica de «Ernst & Young, SA» y «Ernst and Young Consultores, SL» es meramente retórica al estar desprovista de toda consistencia, ya que basamentada aquélla tanto en que se le concedió sólo hora y media para leer la demanda y el cúmulo de documentos que la acompañan, como en que el artículo 1428 de la LECiv distingue claramente entre oposición y comparecencia, siendo la primera anterior a la segunda, orden al que no se ajustó el «iudex a quo», con causación de indefensión; tal inconsistencia argumentativa no debe ser enfatizada más que en lo necesario, por la potísima razón de que, cual es sabido, no toda irregularidad o vulneración de las normas procesales constituye una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto las garantías básicas que integran el derecho y que permiten la defensa de los intereses en juego en el procedimiento no se vean afectadas, ya que así lo exige de forma conteste una dilatada línea de resoluciones de los Tribunales Supremo y Constitucional cuya cita se hace ociosa por conocida.

En el «casus datus» se denuncia, en primer término, la indefensión por esa alteración del orden que debió seguirse al amparo de lo normado en el artículo 1428 de la Ley de Trámites, alteración que indudablemente se produjo, pero se deja a la sombra deliberadamente que sus facultades alegatorias y probatorias no han sido menoscabadas, dejando con ello intacto e incólume el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Efectivamente, si descendemos a lo actuado en el procedimiento incidental de que trae causa esta alzada -todo ello con las limitaciones que comporta la inexplicable posición de todas las partes procesales, quienes no se preocuparon de que se testimoniasen los particulares más imprescindibles, hasta tal punto que este Tribunal ha tenido que recabar «ex officio» al acta de la comparecencia para la debida ilustración, sin que en fase de instrucción aquéllas hayan intentado suplir su pasividad peticionando su incorporación al Rollo de la Sala, lo que contrasta con la profusa prueba documental que aportaron, incluso con posterioridad a proferirse la resolución impugnada, la que no pudo ser objeto de contradicción alguna a niveles alegatorio y probatorio con las consecuencias constitucionales que el artículo 11.1.º de la LOPJ (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) sanciona y ello ha de aparejar al tratarse de elementos demostrativos que no han sido admitidos, ni siquiera propuestos, siendo al tiempo de designación de particulares cuando se incorporaron al testimonio correspondiente, lo que no debió ser permitido por el órgano jurisdiccional por imperativo de lo preceptuado en el artículo referido, tanto más cuanto que la segunda instancia ofrece cauce normativo (artículo 862.3.º de la LECiv) para solicitar su recibimiento a prueba, petición a sustanciar conforme a lo normado en el artículo 864 del mismo texto legal por el reenvío que al mismo realiza el artículo 899 de la citada Ley Rituaria, es decir, con respecto a los principios de audiencia y contradicción-, educiremos «prima facie» que el Juzgador «a quo» suspendió el acta de comparecencia durante noventa minutos -lo que «per se» sería insuficiente para dar cumplimiento a la obligación de dispensar una tutela judicial efectiva-, la Dirección Técnica de «Ernest and Young, SA» y «Ernest and Young Consultores, SL» adujo cuanto estimó oportuno a su derecho y, por último, se les concedió el mismo día 22 de diciembre de 1995 un plazo cuya duración no consta por la razón antedicha, para que efectuasen alegaciones, lo que fue cumplimentado por escrito

datado el día 29 de diciembre del mismo año; de lo que ha de seguirse que con el referido plazo la aducción de indefensión no reviste el menor análisis crítico e incluso denota una paladina temeridad procesal, toda vez que si ahondamos en lo acontecido en el referido acto procesal, inferiremos la sustancial identidad argumentativa entre las alegaciones vertidas en el acto de la comparecencia, plasmadas en el acta levantada, y aquellas consignadas en el escrito fechado el 29 de diciembre de 1995, lo que demuestra que ya el día de la celebración de la comparecencia la Dirección Técnica de las susodichas entidades tenía pleno conocimiento de las medidas cautelares impetradas y componente jurídico con cuyo acomodo se instaron, ya que de otra suerte no se alcanza a entender cómo se pudo aportar a la comparecencia un dictamen emitido por un catedrático el día 20 de diciembre del mismo año «id est», dos días antes de la comparecencia convocada, transcribiéndose en aquél de forma literal las medidas cautelares interesadas por «Cooper & Lybrand, SA». No puede redargüirse que por filtraciones de la prensa se ha podido saber las medidas instadas, supuesto que no se extrae en modo alguno tan acabada pormenorización de los recortes periodísticos incorporados al pleito, sino tan sólo referencias abstractas concernientes a captación del equipo director de la División de Consultoría de «Cooper & Lybrand» y que distan, consiguientemente, del tenor literal de cada una de dichas medidas. En resumen, no se ha cortapisado el derecho de defensa de las tan citadas «Ernest and Young, SA» y «Ernest and Young Consultores, SL» por la infracción del artículo 1428 de la LECiv, y así ha de declararse con decaimiento del motivo.

En segundo lugar, la conculcación del derecho de defensa se hizo gravitar por la Defensa de las personas físicas accionadas en las actuaciones se residenció tanto en haberse cortapisado las posibilidades alegatorias como las probatorias al no haberse pronunciado el Juzgador «a quo» sobre las pruebas ofrecidas; alegato al que puede aplicarse «grosso modo» el razonamiento anterior en atención a que ni las facultades alegatorias ni probatorias se vieron en absoluto quebrantadas, puesto que su Director Técnico presentó nota escrita en el acto de la comparecencia, nota que figura en los particulares testimoniados y que revela un acabado ejercicio del derecho de defensa. No es veraz que no se haya adjuntado al escrito referido prueba alguna, y si bien es que en la misma nota se ofreció un medio de prueba, lo que puede afirmarse es que se haya solicitado en la comparecencia el recibimiento a prueba del procedimiento incidental. Nada consta en el acta levantada, a la que habrá de estarse según pacífico sentir jurisprudencial, como tampoco aparece consignada protesta alguna en el citado documento judicial firmado por todos los intervinientes, insistimos, sin reserva alguna. Pero, sobre existir esa apuntada distonía entre la falta de petición de recibimiento a prueba en el acto de la comparecencia y la articulación de una documental en la nota escrita presentada, aun cuando se hubiese propuesto diligencia de prueba y no se hubiere pronunciado sobre la misma el órgano judicial, tal falta de respuesta judicial - que debió haber provocado la reacción del Letrado evitando que la pasividad judicial se generase, en lugar de mantener una absoluta inactividad que ahora se pretende paliar en un proceder poco conciliable con las exigencias de la buena fe procesal- nunca cristalizaría en deterioro del derecho de defensa, en cuanto no se limitó la posibilidad de interesar lo oportuno al socaire del artículo 862.1.º de la Ley de Trámites -la respuesta silente equivale a denegación probatoria- lo que no se hizo, por lo que si se hubiese causado algún debilitamiento de la facultad de ejercitar los medios heurísticos oportunos, su origen habría de remontarse a la pasividad de la propia parte recurrente. Lo anterior nos exonera a examinar «in extenso» la relevancia del medio probatorio propuesto, por más que su denegación habría de sostenerse, al carecer de esencialidad

por la resolución de la incidencia, por cuanto que nada se razona en la nota de oposición a las medidas cautelares sobre tal hecho y, en consecuencia, la virtualidad de tal probanza se disipa forzosamente.

SEGUNDO.- Aun cuando la inexistencia de un ataque frontal a la inestimación de las excepciones procesales propuestas, ya nos revelaría de ocuparnos de las mismas, las mínimas referencias aisladas que a tales óbices se hizo en el acto de la vista del recurso, exige dedicar breves líneas a su rehúse, pues que, a más de no consonar con la naturaleza de las medidas cautelares pretender que analicemos en este estadio rituario si concurren las excepciones de litis consorcio pasivo necesario -su proyección a la no vocación al procedimiento incidental o al pleito a los clientes produce auténtica perplejidad en este Tribunal por infundada-, y falta de legitimación pasiva orillando no sólo el atinado discurrir judicial sino también el tenor del artículo 20 de la Ley 3/1991 (RCL 1991\71) aplicable, al menos, por analogía procesal, así como y el ámbito meramente indiciario en que hemos de desenvolver nuestro enjuiciamiento, como veremos, no sólo por la propia naturaleza de la incidencia suscitada sino por la prescripción del propio artículo 24 de la «Norma Normarum» que instaura entre las garantías del supraconcepto derecho a un proceso justo la imparcialidad objetiva, lo que veda un análisis profundo de fondo de las medidas cautelares solicitadas, pronunciamiento reservado para la apelación de la sentencia que recaiga en el proceso principal, para evitar todo atisbo de contaminación en este órgano jurisdiccional.

Tan sólo, en su caso, sería factible examinar en el procedimiento incidental por su carácter de «ius cogens» si el orden jurisdiccional civil es competente para la resolución de todas las medidas instadas; extremo que, obviamente ha quedado sin contenido jurídico al haberse rechazado la medida a tal efecto pedida en lo relativo a trabajadores unidos en su momento a «Coopers» por vínculo laboral, sin que la parte promotora haya deducido recurso de apelación ni se haya adherido al mismo, lo que hace devenir firme la resolución impugnada en este punto. Con todo, y sin ánimo de agotar la argumentación, si es dable remarcar el erróneo entendimiento de «Ernest & Young, SA» y «Ernest & Young Consultores, SA» de los efectos que acarrearía una teórica incompetencia parcial de la jurisdicción civil ordinaria, lo que se trae a colación a efectos meramente dialécticos, al no haberse desnaturalizado la corrección de la resolución recurrida en este punto. Tal entendimiento encerraría una notoria quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva, pues que, de articularse acciones que afectasen de forma directa a los derechos y obligaciones derivados de un contrato de trabajo y otras acciones incardinables palmariamente en el ámbito competencial deferido legalmente a favor de la jurisdicción civil, nunca podría ésta declarar su falta de jurisdicción total so pena de desconocer el defecto jurisdiccional que ello conllevaría y con infracción del artículo 24 de la CE. Así lo tiene declarado este Tribunal en diversas resoluciones, siendo de destacar el reciente Auto dictada el 24 junio 1996 y, aunque el Tribunal Supremo, no se haya pronunciado exactamente al respecto, su doctrina sobre las inadecuaciones procedimentales parciales, que desde hace mas de cinco años viene manteniendo, resulta interpolable el «casus subiudice» por su propia fundamentación, pudiendo vislumbrarse en lo que atañe a la incompetencia parcial de la jurisdicción civil idéntico tratamiento en la STS 3 octubre 1994 (RJ 1994\7446) en lo que puede calificarse de manifestación apodíctica de esa andadura irreversible hacia la potenciación efectiva de la tutela judicial. En suma, también tales excepciones fueron bien rehusadas, máxime cuando, cual queda dicho, las adoptadas contra los recurrentes no trascienden al plazo de la jurisdicción social, habida cuenta de la relación jurídica

existente que ligaba a los codemandados en el pleito principal con la interpelante así como la no adopción de medida cautelar alguna contra los que fueron empleados de la peticionaria, y sin necesidad de estudiar la operatividad de la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda por no ser de recibo, toda vez que las medidas solicitadas aparecen clara y nítidamente formuladas y se expresa las personas físicas y jurídicas contra las que se dirigen.

El mismo destino corrió acertadamente la excepción de arbitraje esgrimida por la representación procesal de don José Ramón M. R., y demás codemandados pues que, sobre no compadecerse la índole de las medidas cautelares, al responder dentro del proceso a la necesidad de asegurar la efectividad de un pronunciamiento futuro con su proposición en fase incidental, no debe desconocerse que la posibilidad de peticionarlas no aparece vedada en los Estatutos de la Sociedad actora, cuyo artículo 37 exterioriza la cláusula de sumisión a arbitraje exclusivamente de las divergencias que puedan surgir en la ejecución o interpretación de «los presentes Estatutos sociales», cuyo contenido es absolutamente ajeno a las cuestiones planteadas en los procesos principal e incidental, como evidencia su propia lectura, por lo que la excepción solamente puede tener virtualidad en los supuestos concretos de la relación societaria a que alude el articulado estatutario; motivación aplicable «mutatis mutandis» al artículo 35 del acuerdo entre los socios de «Coopers & Lybrand, SA», cuya naturaleza jurídica rezuma claramente de su propia nominación; Acuerdo concluido con el fin de reforzar el carácter profesional de la Sociedad, concretando los derechos y obligaciones de los socios y las normas que regulan claramente sus relaciones entre sí e, indirectamente, con la sociedad... «in fine» (folio 109). No girando el eje de lo debatido en la incidencia en relación con la ejecución o interpretación del referido Acuerdo concertado exclusivamente entre los socios de la actora, el fenecimiento de la excepción no podía sino imponerse de forma ineluctable.

TERCERO.- Desbrozados los óbices adjetivos propuestos por las partes ahora recurrentes en el acto de la comparecencia de las medidas cautelares, se está en el caso de analizar si concurren en relación con la acogida por el «iudex a quo» los presupuestos a que se subordina legalmente su adopción, esto es, el «fumus boni iuris» y el «periculum in mora»; interrogante que ha de ser contestado en términos afirmativos por las razones a que luego aludiremos, debiendo ponerse de relieve «ab initio» que no existe atisbo alguno de que el Juzgador del primer grado haya visto cercenada su libertad de valoración para alicatar la presencia o no de tales presupuestos por la alegada versión impectante proporcionada a la prensa por «Coopers & Lybrand, SA». Antes al contrario, el único elemento diáfano que rezuma de las actuaciones es el proceder judicial tanto a la hora de citar a las partes para comparecencia y el propio discurrir jurídico exteriorizado en la resolución combatida, donde se razona sin extravasación alguna en todo momento y con absoluta prudencia en punto a la existencia de indicios de la perpetración de un acto de competencia desleal y se accedió en parte a las medidas solicitadas por un plazo de seis meses. Las noticias aparecidas en la prensa, ergo, en manera alguna se demuestra que mínimamente turbarán la libertad de pensamiento del titular del órgano judicial y tal alegato, a más de desprovisto de todo refrendo heurístico, incluso indirecto, insistimos, envuelve un juicio apriorístico inatendible sobre la inteligencia del Juzgador, y su falta de reproducción en esta alzada demuestra la sin razón de su alegación.

No se negó por las partes demandadas en el pleito principal y contra las que se postularon las medidas en liza que un elevado número de antiguo socios, colaboradores y empleados de la División de Consultoría de «Coopers & Lybrand, SA» presten sus servicios a «Ernest & Young Consultores, SL», como se puede colegir apodícticamente del propio reconocimiento que el escrito de alegaciones fechado el 29 de diciembre de 1995 patentiza y una copiosa prueba documental abona. La divergencia, «in noce», no se centra tanto en el componente fáctico cuanto en la subsunción jurídica, esto es, si tal hecho «per se» es incardinable en el radio de acción del artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal o, por mejor decir, si es susceptible de ser encuadrado incidiariamente dentro de alguno de los comportamientos desleales que el meritado precepto describe en una tipificación que, parafraseando la dogmática penal, podríamos calificar como abierta, y si los condicionamientos a que se sujeta indeclinablemente la adopción de medidas cautelares se llenan en el caso litigioso.

Esa inconcusa falta de distonía en punto a la contratación de ese ingentísimo número de profesionales y trabajadores ligados a la postulante, ensamblada con la forma en que tuvo lugar y el «iter» en que se produjo, han de tomarse como hecho base a través del que mediante un razonamiento lógico-jurídico deducimos incontrovertiblemente una inferencia de todo punto armónica con aquella que extrajo el Juzgador discutido, ya que tal hecho-base se integra por un haz de elementos en modo alguno puestos en tela de juicio y que se enmarcan en el mismo sentido unidireccional y que no pueden explicarse indiciariamente sino como secuela de una inducción efectiva y directa que arrastró la práctica desaparición y desmantelamiento casi total del cuadro directivo de la División de Consultoría de «Coopers & Lybrand, SA», esto es, la desorganización de la División del supuesto sujeto pasivo del ilícito, del competidor perjudicado. En el decurso de escasos días, de los cinco o seis socios codemandados no quedó ninguno para desempeñar sus funciones en la postulante, de ocho Directores de ésta con anterioridad al 15 de noviembre de 1995 se pasó a uno, el número de gerentes senior se redujo al 50%, y lo mismo acaeció con los demás gerentes y resto de personal. Pero no es sólo que el número de personal directivo haya mermado de forma indubitada y ostensible a capacidad operativa de la División de Consultoría, y que la rapidez de la contratación y sin atenerse a la exigencia del preaviso a la que se había compelido los socios en el acuerdo supradicho deje de ser sorpresiva, lo que descarta cualquier argumento enderezado a cuestionar que hubo una captación global, sino que tal extraña actuación acusa especial relieve a la luz de todas las circunstancias ponderables y, especialmente, de la falta de razón del citado trasvase profesional a una empresa competidora en el mercado. No puede esgrimirse que esas noventa y tres personas se encontraban en el mercado como consecuencia de su insatisfacción profesional ante el desacertada gestión que se estaba realizando en la firma, cual tal aserto está ayuno de todo refrendo justificativo, como también lo está el propósito de resolución contractual manifestado por el señor M. R. el día 28 de julio de 1995, la búsqueda de buenos profesionales que desde antes del otoño de dicha anualidad venía efectuando «Ernest & Young, SA» para su División de Consultoría o, por último la falta de interés en destruir a un competidor que tradicionalmente sufría pérdidas, siendo así que los datos facilitados por la actora evidencian una mejora anual de rentabilidad y clientela indiscutible. Las declaraciones de don José M. (folio 228) así lo corroboran, al narrar el crecimiento notable que el área de Consultoría de «Coopers & Lybrand, SA» había experimentado en los últimos años, con un volumen de negocio superior a los dos mil millones de pesetas en el ejercicio 1993-1994; declaraciones donde, por lo demás, también se pone el acento tanto en los esfuerzos inversores realizados durante muchos años por la citada entidad como en que

la plantilla es el mejor activo de la empresa. Las manifestaciones aparentemente realizadas por el señor M. a diversas revistas el día 24 de noviembre de 1995 -folios 449 y 452- disuaden de tales asertos infundados que, ergo, se tornan en elementos valorables por este Tribunal y con los que se trata realzar el clima descontento reinante en los socios codemandados y la mala marcha de entidad actora.

Ciertamente el juzgador debatido no descendió a concretar de forma directa los indicios que tomó como pivotes basilares de las medidas adoptadas, sin embargo, sí lo hizo de forma indirecta, al referir, cual es cierto, que en la jurisprudencia y doctrina comparadas se perfilan como métodos desleales de captación de trabajadores ajenos, entre otros, el carácter masivo de la captación efectuada, la especial cualificación profesional de los mismos, violación de los plazos de preaviso, configuración de un equipo completo, esencialidad de los equipos de trabajadores, captación para desorganizar la empresa del sujeto pasivo, etc., concluyendo, a renglón seguido, que en el supuesto en disputa existen indicios de la realización efectiva de un acto de competencia desleal, lo que diafaniza que no se jugó sino con los parámetros preindicados, todos los que fluyen asépticamente del material probatorio valorable y del propio posicionamiento de las partes, cual se ha afirmado supra.

Pero no acaba aquí el arsenal indiciario con que contó el «iudex a quo», supuesto que los documentos agrupados bajo el número 9 de los que se adjuntaron a la demanda vienen a evidenciar algo descollante, «id est», que tras el abandono de «Coopers & Lybrand, SA» por parte de los socios codemandados en el pleito principal y muchos directores de la División, han existido proposiciones generalizadas de trabajo a los profesionales de todas las categorías de dicha División que quisieran dejar la Firma, por lo que la generalidad o casi generalidad de las personas que desempeñaban sus servicios en la susodicha División recibieron propuestas en el sentido predicho, y no sólo las 93 que decidieron cesar su relación en «Coopers & Lybrand». La escueta e inmotivada decisión de cesar en la condición de socios proporcionada por cada una de las personas que habían ostentado tal carácter, las rectificaciones de múltiples empleados en orden a la data en que se produciría su cese, el reconocimiento de don José Luis D. del designio «Ernest & Young, SA» de potenciar su presencia en el sector de consultoría, lo que justifica a primera vista la interrelación e independencia -no es éste el momento idóneo de examinar si existe o no control o dominio por parte de «Ernest & Young, SA» sobre el grupo de la misma nominación- y muy especialmente, la carta existente al folio 542 -la que es asaz sintomática de la actuación de «Ernest & Young», además de resultar acapitalítica la actitud que en los párrafos segundo, penúltimo y último se patentiza-, han de ser amalgamados con los elementos indiciarios predichos, los que no han sido eclipsados por las partes apelantes, ni podían serlo ante los términos impugnatorios planteados en el acto de la vista.

Sí existía una situación jurídica cautelable que apreció atinadamente el Juzgador de la primera instancia, teniendo presente que aquélla no reposa en la absoluta certeza o convicción del acto de competencia desleal, sino en la probabilidad de su realización; distingo no ausente en la previsión legal del artículo 25, donde no se exige una prueba plena sino, como no podría ser de otra forma, tan sólo indiciaria del «fumus boni iuris», por lo que tampoco es discutible en el supuesto que examinamos el riesgo de que la futura ejecución devenga inútil o imposible, o la proporcionalidad de la medida adoptada, importando poco que no fuesen todas las impetradas, al quedar este extremo extramuros del objeto de recurso.

El «petitum» del escrito originador del pleito acumuló diversas acciones con fundamento en el artículo 18 del citado texto legal, entre ellas la acción de cesación del ilícito concurrencial y la de remoción de los efectos producidos por el mismo; acciones agitadas defectivamente, esto es, para el caso de que por el Juzgado no se hubiesen acordado como medidas cautelares, de lo que ha seguirse que las mismas cohonestan plenamente hasta confundirse con esos pronunciamientos cuya ejecución efectiva se pretende asegurar -la cesación provisional y la definitiva son aspectos o facetas distintos del mismo fenómeno-, pero al propio tiempo, se revelan como precisas para intentar reparar todas las consecuencias negativas que hayan podido irrogarse por el comportamiento concurrencial en pugna y evitar que se volaticice toda posibilidad de remoción permitiendo de esta suerte que la efectividad de la sentencia se salvaguarde. La remoción de los efectos producidos por el ilícito concurrencial, concepto jurídico de cierta indeterminación, pero dúctil, ha de englobar en su seno en el ámbito cautelar la reconstitución del «status quo» preexistente a su realización, ya que de otra suerte quedaría huero de contenido el artículo 25 de la LCD que, como es conocido, autoriza la concesión de las medidas cautelares que sean pertinentes, además de la disciplina «nominatim», pertinencia que forzosamente ha de engarzarse en la estructura fáctico-jurídica controvertida. La suspensión de los contratos celebrados por las partes recurrentes entre sí, máxime por el plazo fijado en el auto recurrido, sí puede ser objeto de protección cautelar a través de una de esas dos medidas predichas. Resulta inane que el plazo de suspensión decretada exceda de los seis meses mentados en el acuerdo entre socios de «Coopers & Lybrand, SA», ya que no estamos en presencia del cumplimiento o incumplimiento de una cláusula del acuerdo, ni analizamos en qué medida la promotora se encuentra compelida a su observancia, sino simplemente del aseguramiento de la ejecución de la sentencia que en su día recaiga en los autos originales. No puede sostenerse que la suspensión acordada sea desproporcionada y que el balancing de los intereses en conflicto no hiciesen menester su adopción, pues que debe resaltarse que la medida no empece la prestación de los servicios profesionales sino respecto a las sociedades que integran el grupo «Ernest & Young» y no respecto de terceras entidades, y que el perjudicado por una actuación desleal puede solicitar la desaparición de todo aquello que haya servido para cometer el ilícito concurrencial y continúe produciendo efectos perjudiciales. Si la parte promotora en el acto de la comparecencia prevenida en los artículos 691 y ss. de la LECiv desistió de los pedimentos declarativos de nulidad es algo desconocido por este Tribunal y sin perjuicio que ello puede tener relevancia para con la medida tomada desde el prisma teórico e incluso práctico para instar que se deje sin efecto la medida en cuestión en su caso, no es argumento que hayamos de tomar en consideración al tener que atemperarnos a los términos en que quedó planteado el debate.

Aun aceptando a efectos discursivos, cual se afirma por «Ernest & Young, SA» y «Ernest & Young Consultres, SL», que el «periculum in more» en concreto que sirve de presupuesto a la adopción de tales medidas cautelares se debe reconducir a la dificultad de reparación pecuniaria «a posteriori» de sus efectos -ya que la cita no resulta acorde con la idea que plasma Massaguer al contraer su explicación a la adopción de la casación provisional-, no debe dejarse a la sombra la dificultad de cuantificación que en estos casos se produce en términos generales y la imposibilidad de vadear de forma completa el daño derivado de un acto de competencia desleal; irreparabilidad pecuniaria que deriva de desviación de la clientela, y el perjuicio del goodwill, como bien matizó el Juzgado del Primer grado, pero que también tiene otras manifestaciones destacadas por

la jurisprudencia de otros países de nuestro entorno. La irreparabilidad, no lo olvidamos, hace alusión «sensu stricto» a que el perjuicio que se puede irrogar al perjudicado no sea susceptible de ser vadeado por otros medios.

No puede redargüirse que la infracción de una prestación accesoria, como la subyacente a efectos de prestación de servicios entre la actora y las personas físicas accionadas, no puede ser considerada transgresión de un deber contractual básico, argumento tan insólido como tantos otros encaminados a la sustitución de la resolución debatida en un intento baldío, al hacer supuesto incomprensiblemente del artículo 7.º de los Estatutos, donde la titularidad de acciones junto a la realización de la prestación de servicios profesionales confieren de forma inescindible la cualidad de socio, lo que refrenda el artículo 9.º de los mismos Estatutos, así como los puntos 2.º y 3.º del Acuerdo entre socios de «Coopers & Lybrand, SA». Se pretende, por ende, polarizar la atención en el «nomen iuris» de la prestación, marginando la quintaesencia y enjundia de su contenido en aras de hipervalorar una tesis absolutamente impregnada de subjetivismo.

Se invocó que las medidas cautelares solicitadas chocan con principios constitucionales básicos, como los de la libertad de empresa y de trabajo (artículos 38 y 35 de la CE), preteriendo con tal discurrir no sólo cuanto se expresó como «ratio decidendi» de la adopción de la medida a que se circunscribe la impugnación, sino también que el ejercicio del derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, cuya protección compete a los poderes públicos, no es absoluto, sino que ha de ejercitarse de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico, así como que el propio Tribunal Constitucional tiene proclamado que la cautela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (STC 14/1992, de 10 febrero [RTC 1992\14]) - nótese que idéntica finalidad de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario preside la Jurisprudencia del TJCE, como se desprende de las Sentencias Factorname, de 19 junio 1990, Zückerfabrik, de 21 noviembre 1991 y Atlanta, de 9 noviembre 1995, entre otras-; y que la «mens legislatoris» de la LCD aparece destacada ampliamente en su Exposición de Motivos, donde, tras destacar «el peligro de que la libre iniciativa empresarial sea objeto de abusos, que se revelan gravemente nocivos para el conjunto de los intereses que confluyen en el sector» -el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado-, recuerda que «la Ley obedece a la necesidad de adecuar el ordenamiento concurrencial a los valores que han cuajado en nuestra constitución económica. La Constitución Española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional sobre el principio de libertad de competencia. De ello se deriva, para el legislador ordinario la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales susceptibles eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado»; ideas que se repiten seguidamente al decir que «el propósito que ha guiado el Legislador ha sido el de elaborar una Ley general, capaz de satisfacer la heterogénea demanda social que registra el sector desde la perspectiva unitaria del fenómeno concurrencial y susceptible de situar a nuestro ordenamiento de la competencia en la órbita del Derecho europeo del momento; una Ley de corte institucional, apta para garantizar o asegurar una ordenación del juego competitivo con la escala de valores e intereses que ha cristalizado en nuestra constitución económica»; señalándose a continuación que «el resultado no podía ser

otro que una profunda renovación de nuestro vigente Derecho de la competencia; renovación que se advierte, cuando menos, en el triple plano de la orientación, de la configuración y de la realización de la disciplina», y que «por lo que se refiere al principio de los planos mencionados, la Ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la Competencia desleal, dejando ésta de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre competidores para convertirse en instrumento de ordenamiento y control de los conductos en el mercado... `in fine'»; ideas que toman cuerpo en los artículos 1, 2 y 3 del tan susodicho texto legal al descubrir que la finalidad de la Ley es proteger la competencia y para su consecución se prohíben los actos de competencia desleal en interés de los sujetos que participen en el mercado, con lo que con el cambio operado, por ende, no se trata de proteger solamente al competidor directo, sino también a los consumidores y al propio funcionamiento correcto del sistema competitivo cuya distorsión se pretende erradicar a toda costa; sergo normativo no carente de enjundia por repercutir en la legitimación activa deferida para agitar acciones por competencia desleal como se desprende de la lectura del artículo 19 del tan repetido cuerpo legal. El interés público en el funcionamiento correcto del sistema competitivo de economía de mercado y en cuyo seno se reconoce la libertad de empresa se erige también en bien jurídico protegido, utilizando la terminología tan arraigada en el campo punitivo. Del propio enunciado de los diversos actos de competencia desleal tipificados en los artículos 6 y ss. de la Ley 3/1991 se trasluce palmariamente un modelo de competencia que sirve de línea hermenéutica de capital entidad para la mejor inteligencia de los ilícitos concurrenciales y configurada, entre otras notas ajenas a lo que es materia de debate, por los principios de que la actuación de los operadores en el mercado se apoye en su propio esfuerzo, aseguramiento de la libertad de decisión de los consumidores y la prohibición de toda arbitrariedad invocación de conculcación de los artículos constitucionales aludidos ha de correr la misma suerte inestimatoria que las demás objeciones.

Efectivamente, tras aseverarse que pudiésemos encontrarnos ante un ilícito concurrencial de los tipificados en el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal en la resolución recurrida -inducción a trabajadores y clientes a infringir deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores, y aprovechamiento en beneficio propio de la infracción contractual-, se admite explícitamente en la misma que el derecho a la libre prestación de servicios integra el fundamental «right to compete», pero el particular modo de producirse en el caso enjuiciado pudiere tildar de desleal ese, en principio, sano ejercicio competencial. No se cuestiona, ergo, por el «iudex a quo» que la mera proposición contractual a personas vinculadas por pactos irreconciliables con el que constituye la oferta no integra por sí una inducción a los deberes contractuales en los términos disciplinados en el artículo 14 del citado cuerpo legal, sino que es a la vista de todas las circunstancias apreciables que indiciariamente se concluyó que se rebasó la oferta contractualmente lícita y se incidió en inducción a la infracción desleal y a esas circunstancias, anteriores, coetáneas y posteriores al 15 de noviembre de 1995 hemos de atenernos ineluctablemente al perfilar los contornos del enjuiciamiento, de lo que ha de seguirse que acudir a opiniones desconocedoras de la realidad de la controversia o que tomen referencia la versión subjetiva de la Dirección Técnica de las mercantiles codemandadas -lo que denota un escaso rigor que en fase probatoria el «iudex a quo» no ha de pasar por alto- no resiste el menor embate dialéctico, ya que la existencia de un ilícito concurrente no puede ser desligada de las circunstancias concretas que lo ornan y que son las que «a fortiori» permitirán asignar al acto de

competencia su naturaleza desleal; argumentos que, unidos a los expuestos en el auto recurrido, conducen a la claudicación de las pretensiones impugnatorias deducidas.

CUARTO.- Consecuencia del fenecimiento de ambos recursos es que las costas procesales causadas en la alzada se impongan a las partes apelantes por mor de lo normado en el artículo 896.3.º de la LECiv, ya que no es que afloren circunstancias excepcionales que justifiquen que no se haga especial pronunciamiento en cuanto a las costas producidas en este grado jurisdiccional, sino que, antes al contrario, las circunstancias subyacentes conllevarían, en defecto de un precepto tan claro como el precitado, que se impusiesen a las partes recurrentes por la mala fe que anida en casi la generalidad de las alegaciones impugnatorias.