

PROCEDIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES

Juez-Magistrado: Ilmo./a Sr./a. D^a Juana Patricia Rivas Moreno

Demandante: Asociación de Usuarios de la Comunicación

Demandado: Tabacalera, S. A. y Ferdinand Menrad Group, S. A

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 55 DE MADRID

AUTO de 28 de julio de 1998

En Madrid, a veintiocho de julio de mil novecientos noventa y siete.

Dada cuenta, y en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito de fecha 4 de julio de 1997, el procurador Sr. González Sánchez formuló solicitud simultáneamente a la presentación de la correspondiente demanda, para que se adoptaran bajo la responsabilidad de su demandante determinadas medidas, en aplicación del art. 30 de la Ley 34/1988 en relación con el art. 1428 de la L.E.C. exponiendo los hechos fundamentales de su pretensión y los fundamentos de derecho que estimó aplicables, y solicitándose acordara la cesación provisional de la publicidad de "ForSun" realizada por televisión, hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento.

SEGUNDO.- Por providencia de 9 de julio de 1997 se acordó la formación de pieza separada para la resolución de las medidas cautelares interesadas, convocando a las partes de comparecencia a fin de oír las en cuanto a la referida solicitud.

TERCERO.- Al señalamiento comparecieron la actora, que se afirmó y ratificó en su petición, y las demandadas TABACALERA, S.A. y FERDINAND MENRAD GROUP, S.A., que se opusieron alegando los hechos y fundamentos que creyeron pertinentes, presentando distintos documentos en apoyo de sus manifestaciones, quedando la pieza vista para resolver.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Que de acuerdo con el art. 25 de la propia Ley "Los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita". Y conforme el art. 30 de la Ley de Publicidad 34/1988, de 11 de noviembre: "1.- A instancia del demandante, el juez, cuando lo crea conveniente, atendiendo todos los intereses implicados y especialmente el interés general, incluso en el caso de no haberse consumado perjuicio real o de no existir intencionalidad o negligencia adoptarán conforme a lo previsto en el art. 1428 de la L.E.C."

SEGUNDO.- Que el art. 10 de la Ley 25/1994 "Además de lo que resulta de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, queda prohibida por televisión: a) cualquier forma, directa o indirecta, de publicidad de cigarrillo y demás productos del tabaco...".

TERCERO.- Que, analizando el anuncio de televisión al que se refiere el procedimiento, a los solos efectos de la solicitud de medidas provisionales que se formula, puede indicarse que utiliza dos distintivos de la marca de tabaco "Fortuna", la música con que tradicionalmente se ha anunciado, y los caracteres "For", que se presentan en el anuncio con la misma forma gráfica (en uno de los anuncios es el mismo - iguales letras blancas, sobre un fondo rectangular rojo, rematado con dos líneas paralelas doradas -, y en el otro, uno muy similar -similares letras blancas, sobre fondo rectangular rojo -).

Distintivos que se ven reforzados por la campaña no televisiva de anuncios de este tabaco de la que la parte acota acompañaba varios póster y tarjetas, en las que no se distinguen sensiblemente las imágenes y frases utilizadas para uno y otro producto, (ya que al anunciar el tabaco - anuncios no

televisivos- se acorta su nombre, mostrando en la imagen sencillamente un trozo de paquete en el que figuran los caracteres "For" con la misma tipología - letras características blancas, sobre un fondo rectangular rojo, bordeado por cuatro líneas doradas- situado, igual que en la imagen final del anuncio de televisión que no ocupa, en la parte central, acompañado de un lema den letras mayúsculas, tipo grafiti, que coincide con la tipografía utilizada para la palabra SUN que compone el nombre de las gafas. Los anuncios de tabaco se distinguen de la imagen antes referida únicamente en el mensaje advertencia que, fuera de la propia fotografía del anuncio, se incluye en el mismo: "Las Autoridades Sanitarias advierten que el tabaco perjudica seriamente a la salud". Incluso la forma en que aparece el logotipo "For" en el spot publicitario recuerda la forma en que se abre u paquete de tabaco, al rasgarse idealmente la imagen.

CUARTO.- Que la demandada señala que el anuncio está indudablemente destinado a la venta de gafas, teniendo su empresa una gran trayectoria en ese campo. Pero, al ofrecer al público un producto nuevo en el mercado, sin vinculación alguna con nombres, marcas o emblemas, utilizando los distintivos de otro producto, se está precisamente aprovechando el conocimiento que los consumidores tienen de esta marca para promocionar otro artículo, dando publicidad es aquella marca al mismo tiempo que se pretende la implantación de la nueva.

QUINTO.- El enorme parecido entre las campañas publicitarias de el tabaco Fortuna, y de las gafas ForSun hace que deba apreciarse la existencia de "fomus boni iuris".

En cuanto al "periculum in mora", no hacen falta mayores razonamientos, puesto que la ley prohíbe este tipo de publicidad en razón de que el consumo de tabaco es perjudicial para la salud, y, justificada la apariencia de buen derecho, queda justificado también el riesgo para la salud pública de esos mensajes publicitarios.

SEXTO.- Que de acuerdo con el párrafo segundo del art. 1428 de la L.E.C. "El solicitante de dichas medidas deberá prestar fianza previa y bastante, a excepción de la personal, para responder de la indemnización por los daños y perjuicios que pudiese causar".

En este caso, se considera pertinente fijar una fianza 30.000.000 ptas. (una anualidad de interés, al tipo del 9%, la suma que se supone destinada a la campaña publicitaria de televisión para el año 1997, estimada como equivalente a tercios del coste total de la campaña publicitaria de gafas en el año 1997, 500 millones. de ptas.), que habrá de prestada con carácter previo en cualquiera de las formas admitidas en derecho, a excepción de la personal.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto

ACUERDO: previa prestación por la actora de fianza bastante de 30.000.000 ptas., en cualquiera de los medios admitidos en derechos, a excepción de la personal, y para responder de la indemnización de daños y perjuicios que pudiesen causar, ADOPTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES consistentes en la cesación provisional de la publicidad de "ForSun" realizada por televisión, en la forma en que actualmente está llevando a cabo, hasta que recaiga sentencia firme este procedimiento.

Así lo acuerdo, mando y firmo. El/La Magistrada Juez Dña. Juana Patricia Rivas Moreno.