

## RECURSO DE APELACIÓN

Autos Nº: 735/1997

Procedencia: Sentencia de 3 de septiembre de 1999, del Juzgado de Primera Instancia Nº 61 de Madrid

Demandante/Apelante: Ferdinand Menrad Group S.A. y Tabacalera, S.A.

Demandado/Apelado: Asociación de Usuarios de la Comunicación

Ponente: Ilmo. Sr. D. Epifanio Legido López

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección Decimonovena

### SENTENCIA Nº 656/2000, de 29 de septiembre

En Madrid, a veintinueve de Septiembre de dos mil.

La Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio de menor cuantía 735/97, provenientes del Juzgado de 1ª Instancia nº 61 de los de Madrid y que han dado lugar en esta alzada al rollo de Sala 1099/99, en el que han sido partes, como apelantes demandados: a.- Ferdinand Menrad Group S.A. que estuvo representado por el Procurador Sr. Vila Rodríguez y defendido por el Letrado D. José Ignacio Rodrigo Fernández, colegiado 20.489 y b.- Tabacalera S.A., que compareció bajo la representación de la Procuradora Sra. Goñi Toledo y cuya defensa corrió a cargo del Letrado D. Antonio Valcarce Mayayo, colegiado 14.381; y do otra, como apelada actora, la Asociación de Usuarios de la Comunicación, que compareció bajo la representación del procurador Sr. González Sánchez y cuya defensa asumió la Letrada Dª. Matilde Hurtado Limiñana, colegiada 54.251.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Epifanio Legido López, que expresa el común parecer de este Tribunal.

### I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los que contiene la sentencia apelada en cuanto se relacionen con esta resolución y

**PRIMERO.-** Con fecha 3 de septiembre de 1999 el Juzgado de 1ª Instancia nº 61 de los de Madrid, en los autos de que dimana este rollo de sala, dictó [sentencia](#) cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. González Sánchez en nombre y representación de Asociación de usuarios de la Comunicación frente a Ferdinand Menrad Group, S.A. y Tabacalera, S.A. representado por los Procuradores Sr. Vila Rodríguez y Sra. Goñi Toledo, debo declarar y declaro que la publicidad televisiva realizada por las demandadas Ferdinand Menrad Group, S.A. y Tabacalera, S.A. bajo el lema "For Sun" es publicidad ilícita por tratarse de una publicidad indirecta de la marca "Fortuna" que induce a confusión a los consumidores; asimismo debo condenar y condeno a la referida parte demandada que en lo sucesivo se abstengan a publicitar de forma indirecta en televisión la marca "Fortuna"; se ordena la cesación inmediata de la publicidad ilícita y prohibida realizada por los demandados, condenándoles a la publicación del fallo de la presente Sentencia a su costa en medios de comunicación televisivos de ámbito nacional, en horario con índices de audiencia similares a los que se dio la publicidad que se ordena cesar; y desestimando la demanda reconvenicional interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Vila Rodríguez en nombre y representación de Ferdinand Menrad Group, S.A. frente a Asociación de Usuarios de la Comunicación, debo absolver y absuelvo a la citada entidad de todos los pedimentos deducidos en su contra, todo ello con expresa condena en costas a los demandados y las de la reconvenición a la demandada Ferdinand Menrad Group, S.A."

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia a las partes se interpusieron sendos recursos de apelación por las representaciones procesales de Ferdinand Menrad Group, S.A. que, admitidos en ambos efectos y tras emplazar a los litigantes, motivaron la remisión de los autos principales a este Tribunal, en el que tuvieron entrada en 11 de octubre de 1999, para, de inmediato, abrirse al correspondiente rollo de Sala.

**TERCERO.-** La vista pública se celebró el 25 de septiembre, 11,15 horas, a cuyo acto asistieron los Letrados de los litigantes.

Las defensas de Ferdinand Menrad Group, S.A. y Tabacalera, S.A. interesaron la revocación de la sentencia de instancia para que se desestime en su integridad la demanda en su día articulada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación, quien, a través de su defensa, petitionó la íntegra confirmación de la sentencia dictada en la instancia.

**CUARTO.-** En esta alzada se han observado las prescripciones legales.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se dan por reproducidos los que contienen la sentencia apelada en cuanto no se opongan a los que a continuación se insertan y

**PRIMERO.-** La Asociación de Usuarios de la Comunicación, a través de su representación procesal, ejerció acción frente a Ferdinand Menrad Group S.A. y Tabacalera S.A., interesando del órgano jurisdiccional de instancia se declarase que la publicidad realizada por las demandadas, bajo el lema "For Sun", es publicidad ilícita por tratarse de publicidad indirecta de la marca "Fortuna"; y además, tratarse de publicidad desleal porque induce a confusión de los consumidores, condenando a los demandados a que en lo sucesivo se abstengan a publicitar de forma indirecta en televisión la marca Fortuna, ordenándose la cesación inmediata de la publicidad ilícita y prohibida realizada por los demandados, condenándoles a la publicación total de la sentencia que recaiga en el presente procedimiento, a costa de los anunciantes, realizándose dicha difusión en los medios de comunicación televisivos de ámbito nacional, en horario con índices de audiencia similares a los que se dio la publicidad que se ordene cesar, debiendo, al propio tiempo, ser condenados al pago de las costas si se opusiesen a la demanda, lo que efectivamente hicieron Ferdinand Menrad Group S.A., a través de su representación procesal, al igual que Tabacalera S.A. La primera de las demandadas esgrimiendo la falta de legitimación activa de la demandante en su modalidad de legitimación "ad causam" (la actora carece de derecho subjetivo e interés legítimo para demandar); falta de legitimación pasiva (Ferdinand Menrad Group S.A. no patrocina ni lleva a cabo campaña de venta de tabaco); falta de identidad de anuncios acompañados con la demanda a los que se emiten por televisión y nulidad del telegrama remitido a demandada por infracción de los artículos 26 y 27 de la Ley 34/1988, que constituye requisito de procedibilidad para solicitar, acto seguido, la desestimación de la demanda en razón de la propia libertad de empresa, que ampara la Constitución sin que se esté en presencia de publicidad indirecta o desleal, pues la Sociedad Menrad se dedica exclusivamente a la venta de gafas, que no a la venta de tabaco. Y, al propio tiempo reconvenía interesando indemnización de daños y perjuicios en razón de haber la actora suministrado a Europa Press y Servimedia datos sobre adopción de medidas cautelares por el Juzgado de Primera Instancia num. 61 de los de Madrid que tergiversaban la realidad y que han producido grave perjuicio a la codemandada pues las medidas cautelares no se materializaron realmente al no haber prestado la Asociación de Usuarios de la Comunicación la fianza de treinta millones de pesetas que el Juzgado señaló en la resolución a que se acaba de hacer mención ([auto de 28 de julio de 1997](#)), de manera que desde el propio art. 1902 se solicitaba que la actora cesase en declaraciones falsas frente a la demandada, declaraciones que le produjeron grave daño a Menrad a determinar en ejecución de sentencia y que se ordene el resarcimiento de daños y perjuicio. Por su parte Tabacalera S.A. se opuso a la demanda esgrimiendo, en primer lugar, la falta de legitimación activa (no había sido requerida previamente para el cese de la publicidad) así como falta de legitimación pasiva por inimputabilidad a la demandada de la campaña que se llevó al escrito rector del proceso, resaltando luego que nada tiene que ver Tabacalera con la campaña publicitaria llevada a cabo por Ferdinand Menrad Group S.A., de manera que debía ser absuelta en todo caso de la pretensión contra ella ejercitada. El Juzgador de instancia estimó en su integridad la demanda y desestimó la reconvenición articulada por Ferdinand Menrad Group S.A. alzándose contra la sentencia ambas demandadas que denuncian error en la apreciación de la prueba y error de derecho y que concretan, en lo que se refiere a la Sociedad Anónima Menrad en los siguientes motivos:

1. Promocionar ventas no es hacer publicidad ilícita, indirecta o por indicios de manera que las afirmaciones y conclusiones que el Juez de instancia sienta en torno a esta última publicidad tienen carácter netamente subjetivo y no descansan en el conjunto de la prueba practicada;
2. Se ha infringido el art. 24 de la Constitución, que reconoce el derecho a la tutela efectiva, al establecer presunción de acuerdo entre las demandadas para llevar a cabo Menrad su publicidad en televisión y

Tabacalera en otros medios distintos, con lo que se viene a lesionar el derecho a la libertad de empresa que reconoce la Constitución pues la publicidad de Menrad tiene que ver con gafas y nunca con tabaco;

3. Si ciertamente se ejerció la acción de cesación del art. 25 no podrá anudarse a la misma la publicidad del fallo, que tendría carácter punitivo y contravendrá, por lo expuesto, la legislación en materia de publicidad y

4. La reconvención en su momento articulada era y es viable por lo mismo que sin haberse materializado la suspensión provisional de la campaña publicitaria, por no prestación de fianza, se filtraron a la prensa datos perjudiciales para Ferdinand Menrad Group S.A. Tabacalera S.A., actualmente Altadis, decía el Letrado que defendió a la repetida sociedad anónima, hizo descansar su recurso en: a.- Infracción del art. 25.2 de la Ley General de Publicidad por no haberse efectuado en forma el requerimiento que recoge aquella norma y b.- Presunción del Juzgador de instancia sobre concierto entre las demandadas que carece de cualquier prueba en los autos; para, finalmente, la Asociación de Usuarios de la Comunicación interesar la revocación de los recursos devolutivos interpuestos. Y, porque se apela lo que se devuelve, damos respuesta a la problemática suscitada y en concreto a los específicos motivos de los recursos ya reseñados, todo ello en cumplimiento del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, dejando constancia, previamente, de que la exhaustiva y completa sentencia apelada da respuesta a la total problemática suscitada en los autos e incluso a los motivos que sirven de soporte a la apelación, al haberse limitado las partes, como veremos posteriormente, a sustituir el criterio imparcial del Juez por el suyo propio.

**SEGUNDO.-** La distinción que el Juzgador de instancia lleva a cabo, y así nos ocupamos, en primer lugar, del recurso de apelación interpuesto por Ferdinand Menrad Group, S.A., entre promoción de ventas y publicidad se ajusta en un todo a la doctrina científica más autorizada, pues en el primer caso la promoción tiende directamente a que el consumidor adquiera el producto, mientras que la publicidad pretender sentar o establecer orientaciones indirectas hacia el producto de que se trate, destacándose, en cada caso, ya la fase cognitiva, afectiva o motivacional, como especifica el Juzgador de instancia en el segundo de los fundamentos jurídicos, lo que le lleva, acto seguido, y este dato es importante, a examinar la publicidad que consta en autos y que se llevó a cabo, coincidiendo en el tiempo, en Televisión Española por la empresa Ferdinand Menrad Group S.A. y en otros medios publicitarios por Tabacalera S.A. respecto de la marca de tabaco Fortuna; y decimos que respecto de la marca de tabaco Fortuna porque en las coincidentes campañas publicitarias se da prioridad y preferencia al término "For" con el tema musical del propio tabaco Fortuna e incluso, en la plasmada en televisión, con efecto visual que simula el rasgado de un papel tras el cual aparece la palabra "For" con tipo de fuente y fondo de color idénticos a los de las etiquetas de la marca de tabaco Fortuna (Así lo dice el Juzgador de instancia, así consta en los autos y así puede perfectamente comprobarse en los videos que también aparecen unidos al procedimiento).

Coincidencia, en la publicidad que se estudia, del término "For", que lleva necesariamente a la propia marca de tabaco Fortuna por el tema musical y las fuentes y fondos de color, lo que no comporta una presunción carente de fundamento fáctico y jurídico sino una conclusión necesaria desde las reglas de la lógica y desde las reglas de criterio humano de forma que la propia prueba permitiría sentar como conclusión fáctica la coincidencia de ambas campañas publicitarias en torno al tabaco Fortuna, por más que en la de Ferdinand Menrad Group S.A. se dilucide al final que el producto que se pretende introducir en el mercado son las gafas "For Sun". "For Sun" para la campaña de publicidad de televisión por parte del grupo Menrad y Friends, You o Champion, para la llevada a cabo por Tabacalera S.A. en medios distintos a la propia televisión, que como es sabido y desde el propio artículo 8.5 de la [Ley 34/88](#) de 11 de noviembre, General de Publicidad, impide publicitar tabacos y bebidas de graduación alcohólica superior a 20 grados por medio de la repetida televisión; luego, como dice el Juzgador de instancia, la campaña de publicidad indirecta en televisión bajo el lema "For Sun", tanto beneficia Ferdinand Menrad Group S.A. que se vale de un producto consolidado en el mercado como es la marca de tabaco Fortuna para introducir sus gafas como la propia Tabacalera S.A., que al tener vedado el acceso a la televisión, publicita una campaña del mismo corte y características en otros medios distintos, de manera que el "For Sun" puede asociarse por el consumidor con el "For Friend" o "For Champion", de manera que con la publicidad indirecta repetida se conculca, por estar ante publicidad ilícita, el propio art.3 de la Ley 34/88 de 11 de noviembre ya citada, específicamente en su apartado e), que tiene que conectarse con el art. 8.5; examen el que procede que se obtiene de la prueba practicada y de la conexión entre las campañas publicitarias, que llevan a esta Sala, con el Juzgador de instancia, a entender que existió publicidad indirecta de marca de tabaco Fortuna con el anuncio "For Sun" y que, desde los datos acreditados, existió el concierto que lleva el "iudex a quo" al fundamento jurídico tercero y frente a cuya argumentación las partes se limitan a negar lo evidente.

Es por ello que el concierto incluso Ferdinand Menrad Group S.A. reconoció que antes de registrar la marca consultó dicho extremo con Tabacalera S.A. como se deduce de la prueba practicada, entre cuyos medios pueden perfectamente utilizarse las presunciones que recoge el artículo 1253 del Código Civil aún cuando tengan carácter subsidiario lo que no comporta, en modo alguno, infracción del art. 24 de la Constitución, que regula el derecho a la tutela efectiva, a relacionar con la libertad de empresa, pues las partes tuvieron posibilidad, en este proceso, de utilizar todos los medios de prueba pertinentes tanto la Asociación de Usuarios de la Comunicación, que no tiene ánimo de lucro, según quedó visto en los autos, como los propios demandados, que en su propia defensa pretendieron separar sendas campañas publicitarias, coincidentes en el tiempo y que giraban en torno a la marca de tabaco Fortuna, representada en la publicidad con el término "For" y que, como es sabido, está consolidado en el mercado de tabaco desde hace tiempo.

Añadir que la propia ilicitud de la publicidad, su carácter indirecto e incluso el propio concierto entre ambas demandadas, se vino a recoger ya en el auto de esta Sala dictado en el rollo 509/98, cuando conoció de las medidas cautelares adoptadas por el "iudex a quo" en su auto de 28 de julio de 1997. Decía ya este auto que "la prueba practicada en la pieza separada, que nuevamente examina este Tribunal en unión de las propias gafas que se hicieron llegar a esta Sala con la publicidad "For Sun", es demostrativa de que estamos en presencia de publicidad indirecta tendente al consumo de tabaco, concretamente de la marca fortuna"; siendo preciso concluir, decía el auto repetido, que el "propósito de la campaña no es otro que el incremento de la venta de una determinada marca de tabaco", y al hacerlo en Televisión entraría dentro de las proscripción del num. 5 del art. 8 del a Ley 34/88. Y así, terminaba el auto de esta Sala de 14 de mayo de 1999, "la música del anuncio coincide con la tradicional del tabaco Fortuna; los caracteres "For" responden a la misma gráfica, lo que basta ver con las gafas que se remitieron a este Tribunal, al tiempo que la palabra "For Sun" se relaciona directa e inmediatamente con el término "For", limitándose la publicidad de tabaco Fortuna en vallas publicitarias y en los periódicos a concretar (esta diferencia si existe) de que el tabaco perjudica seriamente la salud".

Es preciso concluir (sin que a estos efectos tenga al día de hoy importancia alguna las conclusiones de los Abogados Generales en orden a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco dentro de la unión europea, que no han tenido reflejo en normativa alguna en el derecho español) que nos hallamos ante publicidad indirecta de tabaco insertada en televisión contra prohibición expresa legal y que, como venimos reiterando y ya concretaba el Juzgado de instancia en el fundamento jurídico tercero de su sentencia, beneficia a las codemandadas.

**TERCERO.-** Igual suerte han de correr los motivos tercero y cuarto del recurso devolutivo interpuesto por la representación procesal de Ferdinand Menrad Group, S.A. cuando interesaba se sacase del fallo de la sentencia de instancia, en cualquier caso, la publicación de la sentencia que recaiga, en los medios televisivos de ámbito nacional, y el acogimiento de la reconvencción, que la hacía partir de publicaciones en prensa a raíz del auto del Juzgado de instancia en el que se adoptaron medidas cautelares y que está fechado el 28 de julio de 1997.

Si se acude al título cuarto de la ley 34/88 de 11 de noviembre se podrá comprobar que en la regulación de las acciones de cesación y rectificación no se establece diferenciación alguna en cuanto al contenido que pueda tener la sentencia estimatoria de la demanda y que se reseña en el propio art. 3.1 de la misma Ley, entre cuyos extremos se incluye (apartado C) ordenar la publicación total o parcial de la sentencia en la forma que estime adecuada y a costa del anunciante, ya estemos en presencia de la acción de cesación como en la de rectificación, pues no sería posible sostener que la publicación de la sentencia en este segundo supuesto que no en el primero, máxime cuando la Asociación de Usuarios de la Comunicación llevó tal pedimento al suplico de la demanda y al acogerlo el Juzgador de instancia se ajustó al principio de congruencia plasmado en el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Residencia la controversia en la jurisdicción ordinaria (art. 28 de la Ley General de Publicidad) el Juez deberá dar respuesta, desde el sometimiento al imperio de la Ley –art. 117 de la Constitución; a la problemática suscitada, que no queda cerrada o concluida por las acciones de cesación o rectificación, siendo posible abrir nuevos cauces como recoge el art. 32 de la misma norma para el ejercicio de acciones civiles, penales o administrativas en su caso con persecución y sanción como fraude de la publicidad engañosa por los órganos competentes. Y la publicidad de la sentencia indudablemente tiene sentido, en el campo en que nos encontramos, para satisfacción del propio consumidor que recepción publicidad indirecta y que tiene que ser sabedor de que detrás de las gafas "For Sun" se encontraba la marca de tabaco Fortuna, cuyo producto no podría anunciarse en Televisión.

**CUARTO.-** La reconvencción, que sostuvo la defensa de Ferdinand Menrad Group, S.A. ante este Tribunal no obstante haber sido desestimada por el Juzgador de Instancia, no puede acogerla esta Sala pues no se causan perjuicios a quien es sujeto pasivo de unas medidas cautelares adoptadas por el Juzgador de Instancia, por más que no se hubiese prestado la fianza que recogía el propio auto para poner en activo las medidas repetidas, máxime teniendo presente que los datos insertados en Europa Press o Servimedia no consta que fuesen suministrados, en la forma en que se plasmaron por aquellas agencias, por la Asociación de Usuarios de la Comunicación, que de haber suministrado aquellos datos lo hizo en ejercicio de un derecho y desde la publicidad de la propia actividad judicial por más que pudiese incidir negativamente en la actividad económica de empresa que asoció la venta de gafas al término "For", a conectar, desde la propia estructura del anuncio y de la publicidad, con la marca de tabaco Fortuna.

**QUINTO.-** Al motivo letra b) del recurso de Tabacalera, S.A. que venía a denunciar infracción legal por presumir concierto entre Tabacalera y Ferdinand Menrad Group, se resolvió ya en fundamentos jurídicos anteriores y para la denuncia también del requisito de la procedibilidad que se residenciaba en la falta de requerimiento, baste decir que el telegrama a que se refieren los arts. 25 y concordantes de la Ley General de Publicidad, se remitió a Tabacalera, S.A., según constaba en los folios 47 y 48 de los autos principales, de los que se colige, sin duda alguna, que quien remite el telegrama, para que se cese inmediatamente en la publicidad, es la Asociación de Usuarios de la Comunicación, con domicilio en calle (...), lo que perfectamente pudo conocer el representante legal de Tabacalera cuando recepciona el telegrama de 16 de junio de 1997 a las 10'00 horas. Lo hasta aquí expuesto nos lleva a desestimar los recursos devolutivos interpuestos por Tabacalera, S.A. y Ferdinand Menrad Group, S.A. con íntegra confirmación de la resolución dictada en la instancia que plenamente se ajusta a derecho y que en modo alguno debió incurrir en error en la apreciación de la prueba o error de derecho resolviendo meticulosamente y con acierto jurídico la problemática que enfrentaba a las partes.

**SEXTO.-** Las costas producidas en el recurso se imponen a sus promotores desde cuanto establece el art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **III.- FALLAMOS**

Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por Ferdinand Menrad Group, S.A. y Tabacalera, S.A., que estuvieron representados, respectivamente, por el Procurador Sr. Vila Rodríguez y Procuradora Sra. Goñi Toledo, a los que se opuso la Asociación de Usuarios de la Comunicación, que compareció bajo la representación del Sr. González Sánchez, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 61 de los de Madrid (juicio de menor cuantía 735/97) en 3 de septiembre de 1999, debemos confirmar, como en su integridad confirmamos, la repetida resolución con expresa imposición de las costas producidas en la alzada a sus promotores.

Al notificar esta sentencia a las partes dese cumplimiento al art. 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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