

Do. Vicente Navarro

ES COPIA

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 20
MADRID

SENTENCIA: 00213/2007

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 20ª

SENTENCIA N°

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN 671/2005

Ilmos. Sres. Magistrados:

JUAN VICENTE GUTIÉRREZ SÁNCHEZ

RAMÓN FERNANDO RODRÍGUEZ JACKSON

JOSÉ MARÍA SALCEDO GENEER

En MADRID, a treinta de marzo de dos mil siete.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 20 de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de MENOR CUANTÍA 212/2000, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 62 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo 671/2005, en los que aparece como parte apelante DAMM S.A., así como SANTA MÓNICA SPORTS S.L., y como apelado ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN, así como CLUB ATLÉTICO DE MADRID S.A.D., sobre publicidad ilícita, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don José María Salcedo Gener.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia n° 62 de Madrid, en fecha 28 de febrero de 2005, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *FALLO: Que desestimando las excepciones de falta de legitimación pasiva y litisconsorcio pasivo necesario en los términos inicialmente planteados, estimo parcialmente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Montes Agustí en nombre y representación de Asociación de Usuarios de la Comunicación (A.U.C.), absolviendo de sus pretensiones a CLUB Atlético de Madrid, S.A.D., representada por

Administración
de Justicia

Madrid

Administración
de Justicia

la Procuradora Sra. Vidal Gil, y declarando que la publicidad realizada por la exhibición del producto Estrella Damm en las vallas instaladas en los estadios deportivos en la temporada 1999-2000, es ilícita en cuanto infractora de la normativa reguladora de servicios, condeno a Damm S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Azpeitia Sánchez y Santa Mónica Sports S.L. (sucesora procesal de Exclusivas Publicitarias S.A.) representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Muñoz Rivas, a abstenerse en el futuro de efectuar este tipo de publicidad, así como a publicar a su costa la presente sentencia en dos periódicos de difusión nacional, absolviéndolas del resto de las pretensiones. No se hace expresa imposición de las costas procesales causadas a excepción de las causadas a Club Atlético de Madrid S.A., que se imponen a la actora."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por las entidades demandadas condenadas, exponiendo las alegaciones en que basan su impugnación. Admitidos los recursos en ambos efectos, dados los traslados respectivos, se efectuó por la demandante expresa oposición a los recursos formulados de contrario. Elevados los autos ante esta Sección, fueron turnados de ponencia, y quedando pendientes de resolución, se señaló fecha para la deliberación y votación, que se ha llevado a cabo por los Magistrados de esta Sección.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan sólo parcialmente los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, que deben ser sustituidos por los que a continuación se expresan. Y:

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia se alza la representación procesal de SANTA MONICA SPORTS, S.L. que presenta recurso de apelación en base a los motivos que, a modo de síntesis,



Madrid

Administración
de Justicia

pasamos a exponer: en primer lugar alega infracción del art. 25 de la Ley General de Publicidad al haberse otorgado legitimación pasiva a su representada, que no tiene la condición de anunciante. Por ello la sentencia recurrida amplía el contenido del art. 25 de la Ley General de la Publicidad en base también a una injustificada interpretación del art. 12 del mismo texto legal. La sociedad apelante no es el anunciante sino la Agencia Publicitaria a quien podrá, en su caso, dirigir posterior reclamación el anunciante; pero nunca debió tener la condición de demandada. Su segunda alegación es por la, a su juicio, incorrecta desestimación de la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, legitimación pasiva que, en su caso, deberían ostentar quienes explotaron la publicidad del resto de los estadios en los que se insertó la referenciada en la demanda y que la sentencia ahora recurrida considera ilícita. El tercer motivo es por infracción de los arts. 25.2 y 3 y 26 de la Ley General de la Publicidad al no existir acción frente a su representada, ya que frente a la misma se incumplió el requisito de requerimiento instando a la cesación del acto publicitario. El cuarto motivo hace referencia a la interpretación incorrecta del art. 8.5 de la Ley General de la Publicidad, pues la publicidad a que se refiere la sentencia afecta a una marca de cerveza, producto que tiene menos de 20 grados centesimales y en el caso de que la misma se considerara publicidad televisiva no sería ilícita y en su consecuencia deben interpretarse conjunta y correctamente el art. 8.5 de la Ley General de la Publicidad y el art. 67 de la Ley del Deporte. El quinto motivo es por ausencia de la consideración del anunciante como patrocinador oficial de la liga de fútbol profesional y en este caso la anunciante Damm es patrocinador la Liga Nacional de Fútbol Profesional y tiene derecho a que se inserten dos vallas publicitarias con su marca en todos los estadios donde se celebren partidos de fútbol organizados por la Liga, aduciendo al efecto la normativa sobre este supuesto de la Ley de Deporte de Andalucía, Ley 6/98 de 14 de noviembre, que podría aplicarse analógicamente. El sexto y último motivo es por infracción del art. 31 de la Ley General de Publicidad en relación con el art. 3.2 del Código Civil, ya que la sentencia incluye la obligación de que se publique la misma en dos periódicos de difusión nacional y la equidad impondría que la sentencia se publique en un medio equivalente a aquel en que se insertó la publicidad ilícita, por lo



Madrid

Administración
de Justicia

que lo adecuado sería que la sentencia deba publicarse en la revista que el Club Atlético de Madrid distribuye entre los asistentes a los partidos de fútbol que se celebran en su estadio o, subsidiariamente, en un medio de información de ámbito local. Por ello solicita la revocación de la sentencia de instancia y que se dicte otra absolviendo a su mandante de los pedimentos que se formulan contra ella.

La oposición a dicho recurso se llevó a cabo por la representación procesal de la ASOCIACION DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN (AUC), que solicitó la confirmación de la sentencia de instancia por sus propios fundamentos, combatiendo las alegaciones de la contraparte, ya que la relación procesal ha sido debidamente constituida teniendo en cuenta resoluciones firmes de la propia Audiencia Provincial de Madrid. Combate, asimismo, los puntos referentes al litis consorcio pasivo necesario y a la no necesidad del requerimiento previsto en los arts. 25. 2 y 26 de la Ley General de la Publicidad, pues dicho requerimiento se realiza para evitar el procedimiento y en este caso el proceso se había iniciado cuatro años antes. También se opone a las diferentes alegaciones de la contraparte, ya que no se trata de publicidad televisiva, no cabe la aplicación analógica de la legislación autonómica y en cuanto a la forma de concretar la sentencia entiende que es plenamente ajustada a derecho.

Presenta, asimismo, recurso de apelación la representación procesal de DAMM, S.A. cuya primera alegación es por considerar infringida la norma del art. 1, en relación con el art. 3 del Código Civil, al no aplicar los principios generales del derecho relativos a la interpretación de las normas que afectan al objeto del pleito, citando entre esos principios generales que "debe restringirse lo odioso y ampliarse lo favorable", debiendo hacerse una interpretación restrictiva de las normas que limiten el ejercicio de la actividad publicitaria, tal como tiene reconocido la Audiencia Provincial de Madrid. En segundo lugar considera que la sentencia no ha aplicado correctamente lo dispuesto en el art. 70.3 de la Ley del Deporte sobre remisión a la normativa de la CEE respecto al uso de la publicidad de alcohol y tabaco. Señala que si los legisladores europeos hubieran pensado que la publicidad de bebidas alcohólicas



Madrid

Administración
de Justicia

podiera tener incidencia en el comportamiento de los espectadores en los estadios de fútbol, desde una perspectiva de orden público, hubiera sido fácil prohibir asimismo la publicidad de bebidas alcohólicas, supuesto que no ocurrió, por ello debe averiguarse si el régimen español (art. 8.5 de la Ley General de Publicidad en relación con el art. 67 de la Ley del Deporte) es adecuado para garantizar la realización del objetivo de protección de la seguridad pública y de la salud, o va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Aduce al efecto jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y concluye que la publicidad de cerveza está permitida en todos los medios de comunicación o publicitarios, sin excepción y sobre todo en el medio televisivo por ser una bebida alcohólica de menos de 20 grados y la publicidad realizada a través de las vallas situadas en los estadios de fútbol no incita a su consumo dentro de los estadios, entre otras razones por estar éste prohibido. En conclusión no existen razones para la prohibición. Por ello solicita la revocación de la sentencia de instancia y se declare la licitud de la publicidad de su representada en las vallas estáticas situadas en los estadios de fútbol cuando se celebren competiciones deportivas.

La oposición a este recurso se llevó a cabo por la ASOCIACION DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN (AUC) que solicitó la confirmación de la sentencia de instancia por sus propios fundamentos, pues lo único que dicha resolución ha hecho es declarar que la publicidad en cuestión es ilícita al infringir la normativa existente en nuestra legislación, sin limitar en ningún caso la libertad de expresión del apelante. Y en este sentido tanto el art. 8.5 de la Ley General de Publicidad como el art. 67 de la Ley 10/90 del Deporte, son suficientemente explícitos al respecto. En relación con las restantes alegaciones de la contraparte o bien se trata de hechos nuevos que no pueden introducirse en esta segunda instancia, entre ellos los relativos al posible conflicto entre legislación estatal y autonómica, o bien se trata de aspectos de "lege ferenda" y que por tanto no pueden afectar al fallo objeto de recurso.

SEGUNDO.- El recurso de apelación presentado por la representación procesal de SANTA MONICA SPORTS, S.L. aduce como primer motivo el incorrecto otorgamiento a dicha sociedad de



Madrid

Administración
de Justicia

legitimación pasiva, infringiendo de esta forma la interpretación correcta del art. 25 de la Ley General de Publicidad. Como tiene sentado nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de julio de 1997: "no procede operar la excepción de litis consorcio aducida, toda vez que el anunciante es el impulsor del mensaje a los telespectadores de la publicidad de sus mercaderías y productos con el fin de fomentar su contratación adquisitiva Y es el anunciante a quien deben efectuarse los requerimientos que la ley prevé (arts. 25.2, 26.2 y 3) y si éstos no son atendidos o se silencian es cuando se abre la vía judicial contra el mismo que de esta manera adquiere la condición de parte procesal demandada. En todo caso el acto de cesación de la actividad publicitaria depende del anunciante, al que le asiste el derecho de controlar la ejecución de la campaña de publicidad (art. 12) con la categoría de acto necesario inicial, que hace innecesario la vocación al proceso de los demás intervinientes en dicha actividad, conforme las previsiones legales no suficientemente detalladas, como así sucede en la Ley de 10 de enero de 1991 de competencia desleal (arts. 19 y 20 y doctrina jurisprudencial sobre litis consorcio pasivo necesario), que excluye en este caso el riesgo de fallo contradictorios".

Es pues el anunciante, exclusivamente, quien debe ser demandado en relación a la acción de cesación de publicidad contemplada en el art. 25 de la ley 34/1988, que se refiere únicamente a quienes ostenten la condición de anunciantes, extremo éste que se reitera en los arts. 26.2, 27.1, 29.b) y 33 con independencia, eso sí, de las reclamaciones y derechos que puedan asistirle al anunciante contra la agencia y el medio de difusor. En el caso que nos ocupa es cierto que Exclusivas Publicitarias, S.A., de la que es sucesora Santa Mónica Sports. S.L., convino con la anunciante Damm, S.A. la necesidad de que la actividad publicitaria contratada se atuviera a la legalidad, pero ello únicamente tiene como consecuencia, como hemos expresado anteriormente, el que el anunciante pueda dirigir posterior reclamación contra la agencia con la que contrató o contra su sucesora mercantil y procesal.

La estimación del presente motivo hace innecesaria la contemplación de los restantes presentados en el recurso de



Madrid

Administración
de Justicia

apelación, pues determina la absolución de la sociedad apelante de los pedimentos contra ella deducidos en la demanda rectora de estas actuaciones, por carecer de legitimación pasiva en el proceso que nos ocupa.

TERCERO.- Distinta suerte merece el recurso de apelación presentado por la representación procesal de DAMM, S.A. En ningún momento se ha limitado la libertad de expresión, o de efectuar publicidad, al apelante, ya que lo único que ha declarado la sentencia de instancia es que la publicidad que nos ocupa en las presentes actuaciones (de la cerveza Estrella Damm en vallas publicitarias en estadios de fútbol) es ilícita la infringir la normativa existente en nuestro país. En efecto, el art. 8.5 de la Ley General de Publicidad establece que queda prohibida la publicidad de bebidas alcohólicas y de tabacos en aquellos lugares en que esté prohibida su venta o consumo y el art. 67 de la Ley 10/90 del Deporte determina que queda prohibida en las instalaciones en que se celebren competiciones deportivas la introducción y venta de toda clase de bebidas alcohólicas. Por ello, a la vista de lo dispuesto en los citados artículos, está claro que la publicidad de bebidas alcohólicas en estadios de fútbol está prohibida, existiendo una jurisprudencia constante en este sentido y sin que la aplicación de dicha normativa implique una interpretación restrictiva a la libertad de empresa o de expresión. Cuando los preceptos son suficientemente claros no cabe acogerse a otro tipo de interpretaciones y menos aún efectuar un ejercicio de "lege ferenda" que además no tiene en cuenta la sensibilidad social sobre los riesgos que conlleva la publicidad de bebidas alcohólicas en recintos deportivos. Cita al efecto el apelante la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de fecha 5 de diciembre de 2001, cuyo ponente por azar de las circunstancias resulta ser el mismo de la presente resolución y por ello puede precisar que los presupuestos de aquella resolución eran completamente diferentes, pues se trataba en primer lugar de publicidad televisiva y en segundo lugar se intentaba enmarcar el ejercicio de la actividad publicitaria en el ámbito de las distintas libertades reconocidas en los diferentes ordenamientos y buscar la base común para que el legislador pueda adoptar determinadas medidas restrictivas a la actividad publicitaria. Pero cuando la normativa es suficientemente



Madrid



clara y precisa y tiene un sustrato perfectamente ajustado a la sensibilidad social sobre los riesgos del consumo de bebidas alcohólicas en instalaciones deportivas, no cabe ningún tipo de interpretación extensiva o que pueda difuminar o impedir el cumplimiento de esa normativa específica.

La normativa española al respecto no supone, en ningún caso, una ampliación desproporcionada de las limitaciones a los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 20 y 38 de la Constitución Española y de los principios contenidos en el Tratado de la Unión Europea pues se trata de disposiciones que están justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública y no establecen limitación ni restricción alguna a la libre empresa y en todo caso son límites basados en un interés público legítimo, la salud, (S A.P. Madrid 5-12-01).

Todo lo cual nos lleva a la desestimación del presente recurso de apelación.

CUARTO.- La estimación del recurso de apelación formulado por la representación procesal de SANTA MONICA SPORTS, S.A. conlleva la no imposición de las costas provenientes del mismo a ninguno de los litigantes (art. 398.2 LEC 1/2000). Asimismo la revocación de la sentencia de instancia con respecto a dicha sociedad demandada determina su absolución, incluido el pronunciamiento sobre las costas que se impondrán a la Asociación demandante en lo que se refiere a esta sociedad (art. 394.1 LEC 1/2000).

La desestimación del recurso de apelación de DAMM, S.A. lleva consigo la imposición de las costas de esta alzada, provenientes de dicha desestimación, a esta apelante (art. 398.1 LEC 1/2000).

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

FALLAMOS



Administración
de Justicia

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de SANTA MONICA SPORTS, S.A., contra la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 62 de Madrid, de fecha 28 de febrero de 2005, en los autos de juicio menor cuantía 212/2000, de que dimana el presente rollo de apelación, resolución que revocamos en lo que se refiere a la mencionada apelante, a quien absolvemos de los pedimentos contra ella deducidos e imponiendo las costas allí generadas a la parte demandante; asimismo debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación presentado por la representación procesal de DAMM, S.A. contra la mencionada sentencia, cuyo pronunciamiento frente a la misma permanece incólume, excepto en cuanto a la publicación de la sentencia en dos periódicos de difusión nacional, debiendo entenderse que la publicación será exclusivamente de la parte dispositiva de la sentencia en dos periódicos de difusión local; las costas de esta alzada, derivadas de la desestimación del recurso de esta apelante, se impondrán a la misma.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.



Madrid

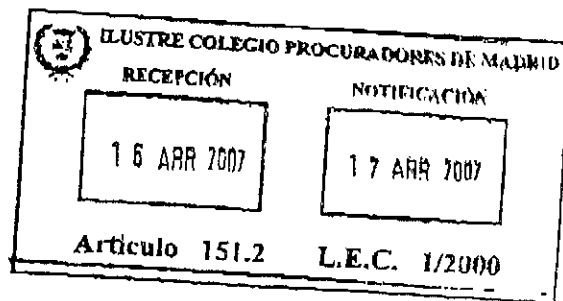
Administración
de JusticiaAUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION VIGÉSIMA
MADRID

MARIA

NOTIFICACION DE SENTENCIA.- En Madrid, en la fecha que más abajo se dice, notifiqué la anterior sentencia de fecha 30-03-2007, dictada en el Rollo de sala nº 671/2005 al Procurador Sr. **MONTES AGUSTI**, por lectura íntegra y entrega de copia literal en el local de notificaciones de esta Sede.

La presente Sentencia es susceptible de los recursos POR INFRANCCION PROCESAL Y / O CASACION en los supuestos previstos en los Art. 468 y 477, respectivamente, de la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000 en relación con la Disposición Final 16º de la misma Ley, a preparar en el plazo de cinco días ante este mismo órgano jurisdiccional.

Y enterado firma, de lo que doy fe.



Madrid