

Ab. Vicente Navarro

1657



Administración
de Justicia

JDO. DE LO MERCANTI - N. 10 MADRID
AUTO: [00055/2009]

Procedimiento: MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS 84 /2009
Sobre OTRAS MATERIAS
De Dña. ASOCIACION DE USUARIOS DE LA COMUNICACION
Procurador/a Sr/a. VICTOR GARCIA MONTES
Contra Dña. HEINEKEN ESPAÑA S.A.
Procurador/a Sr/a. MARIA GRANIZO PALOMEQUE

A U T O

Dña. Olga Martín Alonso, MAGISTRADO DEL Juzgado Mercantil nº 10 de Madrid

En a Madrid a 18 de noviembre de 2009.

ANTECEDENTES DE HECHO **Artículo 151.2**

RECEPCIÓN 20 NOV 2009		NOTIFICACIÓN 23 NOV 2009	
		L.E.C. 1/2008	

PRIMERO.- Por el Procurador D. Víctor García Montes en nombre y representación de ASOCIACION DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN (AUC), se ha solicitado la adopción de las medidas cautelares por medio del CUARTO OTROSI DIGO del escrito de demanda del juicio Ordinario nº 38/2009, sobre publicidad frente a la entidad HEINEKEN ESPAÑA S.A. consistente en "el inmediato cese de la publicidad de cervezas Heineken en estadios de fútbol"

SEGUNDO.- Incoadas las presentes Medidas Cautelares, se acuerda convocar a las partes para la celebración de la vista el dieciséis de noviembre de 2009.

TERCERO.- Llegado el día señalado, se celebró la vista conforme a lo previsto en el art. 734 LEC, siendo oídos los respectivos letrados que manifestaron lo que creyeron conveniente en apoyo de las pretensiones.
Se recibió a continuación el incidente a prueba, y tras oír de nuevo a las partes se declaró concluso los autos para su resolución.

CUARTO.- En la tramitación de estas actuaciones se han respetado todas las exigencias legales quedando los autos grabados en DVD Medidas Cautelares nº 84/2009.



Madrid



Administración
de Justicia

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El artículo 727.1 en su número 7 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, permite adoptar como medida cautelar, "La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera levándose a cabo". Pero toda medida cautelar tiene que adoptarse atendiendo a los requisitos que se derivan de los arts. 721 y siguientes de la L.E.C., entre los que destaca el artº. 728, que proclama la necesidad de apariencia de buen derecho, esto es, el tradicional "fumus boni iuris", peligro en la mora y ofrecimiento de caución.

SEGUNDO.- En cuanto al "*fumus boni iuris*" o apariencia de buen derecho, implica que, aportando el solicitante, datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, un juicio provisional favorable al fundamente de su pretensión, la estimación de la pretensión constituye un futuro condicionado, ya que entre la solicitud de las medidas cautelares y la sentencia definitiva ha de transcurrir todo un proceso de declaración y, en particular, una fase de prueba. Por ello basta con que se muestre verosímil el derecho invocado, como fundamento de la acción ejercitada con la demanda. Es suficiente con que quede probado que el actor, probablemente tiene derecho a la tutela que afirma. Presupuesto básico de toda tutela cautelar es, por tanto la verosimilitud del derecho invocado en la demanda, en cuanto que la pretensión cautelar es siempre accesoria de la principal, por lo que carece de sentido sin ella y de aquí que su primera causa de justificación la deba ofrecer la pretensión de tutela definitiva: el derecho subjetivo, o en su caso la facultad afirmado en la demanda debe aparecer como bueno a atendible; sin embargo, la estimación de la pretensión principal constituye un futuro condicionado, ya que, entre la solicitud de las medidas y la sentencia definitiva, ha de transcurrir todo un proceso de declaración y en particular una fase de prueba, por lo que no cabe exigir al comienzo del proceso, o antes de iniciarse, que la pretensión principal se encuentre plenamente perfilada en la medida que puede y debe estarlo cuando termine; de aquí que baste con que se muestre verosímil el derecho invocado como fundamento de la acción ejercitada en la demanda, juicio de valor que se emite en el estado inicial de proceso y que en modo alguno podrá influir en la decisión definitiva, se trata por lo tanto, de determinar, a la vista de lo actuado y en la medida que reclama la cognición cautelar, si hay indicios de tutelabilidad.

Las S.S.A.P. de Barcelona, Secc. 15ª, de 24 de mayo de 1990 y de 30 de abril de 1991, se refieren, respectivamente, a la «probabilidad cualificada de triunfo de la pretensión de fondo», y a la «razonable perspectiva de éxito».

Como se cuida de precisar el Auto de la A.P. de Barcelona, Secc. 13ª, de 7 de octubre de 1992 (Pte.: Ilmo. Sr. Ferrer Mora), esta apariencia de buen derecho «no puede confundirse con la razón última que permita sancionarlo, ya que la medida cautelar no ha de requerir un estudio minucioso y detallado de todos y cada uno de los elementos exigibles para decidir en último término acerca de la pretensión de la demanda, a menos de correr el riesgo de prejuzgar o anticipar el fallo...».

El solicitante debe proporcionar al órgano jurisdiccional elementos bastantes de los que resulte, al menos prima facie, la «verosímil existencia del derecho alegado», sin perjuicio de relegar al proceso principal la demostración cumplida de su realidad. Para cohonestar la exigencia de celeridad --y consecuente eficacia-- con evitación de potenciales abusos, se requiere algo más que la mera alegación del derecho, suficiente, en cambio, para iniciar el proceso de declaración; y algo menos que la certeza rigurosa, necesaria, empero, para la sentencia definitiva.



Madrid



Administración
de Justicia

En este sentido, la S.A.P. de Vizcaya, de 12 de mayo de 1994 refiere la necesidad de «una justificación de que se ostenta una apariencia de derecho, un "fumus boni iuris", que permita dar crédito inicialmente a la pretensión de aseguramiento...».

El art. 728, apdo.2 obliga al solicitante a «presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios».

La intensidad del acreditamiento ha de ser proporcionada a la índole, características y, en especial, al alcance de las medidas solicitadas. En todo caso, su límite superior ha de situarse, so pena de desvirtuar la utilidad y función del instituto, en el punto en que pueda presumirse vehementemente que la pretensión principal del pleito será acogida en la sentencia que le ponga fin, reservando la determinación del derecho con mayor grado de certidumbre al proceso principal.

Por lo expuesto, para deducir si concurre apariencia de buen derecho, es preciso analizar las pretensiones principales de tutela que se contiene en la demanda. Únicamente determinado si resulta razonable que la misma pueda prosperar, es posible deducir, si existe "Fumus"

LA ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN (AUC) , basa su petición en la presunta realización por la futura demandada de actos de publicidad ilícita, por la supuesta vulneración fundamentalmente del artículo 8.5 de la Ley 34/1988 General de la Publicidad .

La futura demandada no desvirtúa lo alegado por la actora, sino que opone la falta de legitimación pasiva, -cuestión que en este momento no podemos resolver dado que se trata de una cuestión de fondo que debe resolverse en el procedimiento principal-si bien debemos proceder a una valoración indiciaria de la excepción alegada. La demandada basa su alegación en que no es propietaria de la marca Heineken sino la entidad Heineken Brouwerij en, B.V (aporta documento 1 en el acto de la vista) no existiendo entre ambas entidades vinculación societaria alguna (documento 4 aportado en el acto de la vista) y que únicamente suscribieron un contrato de licencia de marca comercial (aportado como documento 3 en el acto de la vista)

Según se desprende del art. 25 LGP , la persona contra la que se ha de dirigir la pretensión de cesación la publicidad engañosa es el "anunciante", al que el art. 10 LGP define como "la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad", y al que las decisiones de los tribunales se han referido como el interesado en que los destinatarios del mensaje publicitario tomen nota de las información que el mensaje les procura (Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, Sentencia de 9 Jul. 2008, rec. 277/2008, Ponente: Ilmo Sr. D. Javier Seoane Prado, Nº de Sentencia: 416/2008 y Nº de Recurso: 277/2008 (LA LEY 152006/2008); SAP Córdoba (sección 3ª) nº 217/2007, de 9 de noviembre, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, rec 288/2007 (AC 2008/148 Aranzadi) que fue citada por el solicitante de la medida en la vista, o como el impulsor del mensaje ... con el fin de fomentar su contratación alquisitiva (STS de 26-7-1997 y SAP Madrid nº 213/2007). Por último debemos citar la Sentencia de 11 Ene. 2007 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, rec. 372/2006, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Gregorio Plaza González, Nº de Sentencia: 2/2007, Nº de Recurso: 372/2006 (LA LEY 37815/2007)

En el presente caso, según se desprende de la clausula 1 del contrato de licencia aportado por la futura demandada en la vista,

1.1 Por el presente instrumento HB concede a la Licenciataria durante el periodo de vigencia que establece este Contrato, licencia exclusiva de uso de las Marcas



Madrid



Administración
de Justicia

Comerciales en el Territorio (a excepción del mercado libre de impuestos, tal y como establece el apartado k de la cláusula 6ª del presente contrato) relaciones con el producto Cerveza Heineken que produce la Licenciataria con carácter personal y sin la posibilidad de cesión.

1.6 HB acuerda que duran e el periodo de vigencia del presente Contrato, a menos que cuente con el acuerdo de la Licenciataria, no permitirá la importación de Cerveza Heineken al Territorio español ni sabiendas consentirá la venta activa de Cerveza Heineken para importación al Territorio salvo la venta para el mercado libre de impuestos en el Territorio.

Por su parte en la cláusula 8 se establece:

8.1. La Licenciataria deberá tras consultar con HB elaborar y enviar a HB el plan de política de marketing general en el territorio, que cubrirá los próximos tres años. El plan incluirá, pero sin límites, los objetivos, ventas, precios, distribución, publicidad, presupuesto de publicidad junto con su financiación, promoción e investigación de ventas; todo ello para los próximos tres años. El plan se hará efectivo sólo tras la pertinente aprobación por parte de HB, y todo plan que se apruebe, se denominará en lo sucesivo "Plan Aprobado". El primer Plan Aprobado deberá convenirse entre las Partes con anterioridad a la firma del presente contrato.

8.3 La Licenciataria correrá a cargo de todos los gastos publicitarios de Cerveza Heineken en el territorio (incluyendo pero sin límites, anuncios en medios de comunicación, publicidad y promoción de ventas), con sujeción a la aprobación de HB así como garantizar que sigan la línea de política publicitaria mundial de HB.

Es decir, que la licenciataria es quien tiene el mayor interés en la publicidad de la cerveza Heineken, en tanto que es la destinataria directa del beneficio que procura. Por otra parte no ha resultado acreditado con quién celebró el contrato de publicidad la UEFA.

Por lo expuesto, no queda mermada la posible apariencia de buen derecho del actor, al demandar a Heineken España S.A.

Asimismo destacar si aplicamos la doctrina de la jurisprudencia menor -parte de la misma fue aportada por la solicitante en su demanda principal y que solicitó que se tuviera por reproducida en la presente pieza- en esta materia, al caso de autos, podemos concluir que la publicidad realizada de la bebida alcohólica, cerveza "Heineken, en diversos campos de fútbol de Madrid, durante los partidos de Copa de Europa (Champions Ligue) (concretamente: el partido Atlético de Madrid- Oporto, celebrado el 24-2-09; el partido Real Madrid- Liverpool, celebrado el 25-2-09 y el partido Atlético de Madrid- PSV Eindhoven, celebrado el 26 de noviembre de 2.008 (de los que ciertas imágenes fueron grabados en el DVD aportado por la solicitante)) indiciariamente, tiene carácter ilícito conforme al artículo 8-5 de la Ley General de Publicidad "queda prohibida la publicidad de bebidas alcohólicas y de tabacos en aquellos lugares donde esté prohibida su venta o consumo", en relación con el artículo 67-1 de la Ley del Deporte "queda prohibida en las instalaciones en que se celebren competiciones deportivas a introducción y venta de toda clase de bebidas alcohólicas".

TERCERO.- En lo que respecta al "*Periculum in mora*" constituye el fundamento de toda medida cautelar. Viene a contrarrestar o evitar no el daño jurídico -tutelado por lo general con el proceso ordinario- sino al peligro de ulterior daño marginal derivado de la lentitud del proceso. Se trata, pues, de que el elemento tiempo, consustancial con todo proceso, no altere el estado de hecho que debe ser mantenido durante la sustanciación del proceso. Como dice la AP Barcelona de 24 de mayo de 1990



Madrid



"puede ser entendido como peligro de que con el transcurso del tiempo se dificulte la ejecución de la sentencia o grave daño por el retraso en su ejecución".

El peligro por mora procesal tiende no sólo a impedir la desaparición de los medios necesarios para la ejecución forzosa (finalidad asegurativa), sino también a proteger contra la prolongación de un juicio que puede producir un grado de insatisfacción continuada y que, en ocasiones, cuando llega a la fase ejecutiva, ya no puede ser amparada en condiciones de plena efectividad.

Por lo expuesto en lo que respecta al "periculum in mora", es decir, que puedan producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse la medida cautelar solicitada, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, tal como prescribe el artº. 728 de la L.E.C., debe ser estimado cuando concurren, como en el presente caso, que de no acordarse el inmediato el cese de la publicidad de cervezas Heineken en estadios de fútbol, se dificultaría la efectividad de la tutela judicial que se pudiera otorgar a la instante en una eventual sentencia estimatoria que pudiera recaer en el procedimiento 38/2009. Asimismo hay que tener en cuenta que se trata de un producto de especial protección por razones de salud pública, ya que tratándose de una bebida alcohólica que se publicita en partidos de fútbol con gran audiencia no sólo de adultos sino también de menores de edad a los que dicha publicidad puede incitar al consumo de bebidas alcohólicas con los riesgos que ello tiene para la salud.

CUARTO.- Siendo procedente la adopción de las medidas cautelares solicitadas, debe fijarse la caución exigible al instante para responder de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse, atendiendo para ello al contenido y naturaleza de la pretensión y a la valoración que se realice sobre el fundamento de la solicitud de la medida, según establece el artículo 728.3 de la LEC.

Desde luego, no resulta admisible la escasa fianza ofrecida por el instante, que cuantifica en 300 euros, téngase en cuenta que los daños y perjuicios que puedan derivarse de su ejecución pueden ser importantes para la futura demandada.


Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias procede fijar la caución en 2000 euros.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 735 y 737 de la LEC, el inmediato cese de la publicidad de cervezas Heineken en estadios de fútbol, -medida prevista en el art. 727.1.7 de la LEC-, sólo será efectiva cuando el solicitante preste caución consistente en aval bancario por tiempo indefinido y a primer requerimiento por la cantidad de 2.000 € que se estima suficiente para responder de los daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera ocasionar.

SEXTO.- Por lo dispuesto en los fundamentos jurídicos anteriores, se accede a las medidas cautelares solicitadas por el actor, en base a lo dispuesto en los artículos 727, 1.7 de la LEC.

SEPTIMO.- Así como, respecto del auto que deniega las medidas cautelares, art. 736.1 de la LEC, hace remisión al art. 394, en materia de costas, no hay en cambio una previsión similar en dicho texto legal para el auto que acceda a las medidas, a pesar de ser infundada la oposición, por lo que no procede hacer especial imposición de las costas causadas a ninguna de las partes.





Administración
de Justicia

PARTE DISPOSITIVA

PRIMERO.- En atención a lo expuesto, dispongo estimar la Medida Cautelar solicitada por el procurador D. Víctor García Montes en representación de ASOCIACION DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN (AUC) y en consecuencia se acuerda: "el inmediato cese de la publicidad de cervezas Heineken en estadios de fútbol"

SEGUNDO.- La anterior medida cautelar se ejecutará una vez que la parte solicitante preste la caución consistente en aval bancario de tiempo indefinido por importe de 2.000 € y pagadero al 1er. requerimiento y se estime idóneo y suficiente por este Juzgado.

TERCERO.- No ha lugar a la imposición de costas a ninguna de las partes.

Esta resolución no es firme, ante la misma cabe recurso de **APELACIÓN** sin efectos suspensivos ante la Audiencia Provincial de Madrid (artículo 735.2.2º LECn), previo depósito de 50 euros.

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn).

Lo acuerda y firma S.Sª. Doy fe.

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ

EL/LA SECRETARIO

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe



Madrid