

JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 12

MADRID

Medidas Cautelares 968/2010

AUTO

Doña Ana María Gallego Sánchez, Magistrada Juez del Juzgado de lo Mercantil
Número 12 de Madrid.

En Madrid, a 12 de noviembre de 2010.

HECHOS

ÚNICO Por el Procurador Don Roberto de Hoyos Mencía, en nombre y representación de la CORPORACIÓN RADIOTELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A., se formula solicitud de medidas cautelares previas a la demanda, para que se acuerden inaudita parte contra la mercantil GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A.:

- 1.- Se prohíba a la demandada cualquier explotación del formato de mi representada "TENGO UNA PREGUNTA PARA USTED", y en concreto:
- 2.- Se prohíba la redifusión en cualquiera de sus canales de televisión o página web del programa ya emitido el pasado 3 de noviembre de 2010, ESPAÑA PREGUNTA, BELÉN RESPONDE, o de cualquier otro que se pudiera emitir durante la pendencia de este proceso, y que use el formato de "TENGO UNA PREGUNTA PARA USTED".
- 3.-Se prohíba igualmente utilizar fragmentos del citado programa, o de cualesquiera otro que se pudiera emitir durante la pendencia de este proceso y que use el formato de "TENGO UNA PREGUNTA PARA USTED", en cualesquiera otros programas de la cadena demandada, y
- 4.- Se prohíba igualmente a la demandada volver a emitir por cualquier medio de comunicación, canal o página web un programa que copie el formato de mi representada "TENGO UNA PREGUNTA PARA USTED".

Asimismo con fecha de 10 de noviembre de 2010 se ha recibido fax de la solicitante de la medida; dándose cuenta por Diligencia del día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO La medida cautelar es considerada como aquella actuación directa o indirecta que tienda a asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la eventual sentencia estimatoria, con el fin de que tal tutela efectiva no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente (así, artículos 721.1, 726.1, y 728 L.E.C .).

Los presupuestos para su adopción vienen siendo tradicionalmente destacados por la Doctrina y la Jurisprudencia y pueden resumirse en: "fumus boni iuris" o apariencia de jurídica o de prevalencia jurídica que implica la existencia del derecho o interés jurídico legítimo, "periculum in mora" o peligro de un daño jurídico urgente e inminente por el retraso de la resolución definitiva, y caución.

Tales presupuestos vienen también recogidos expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, como ya hemos reseñado.

De este modo, cierto es que la finalidad de las medidas cautelares es clara en aras de obtener una tutela judicial efectiva y cierto es que la nueva regulación completa y detallada parece decantarse por una concepción o mentalidad abierta y decidida hacia las mismas, pero no es menos cierto que la Doctrina la Jurisprudencia y la propia Ley si se atiende a su propia exposición de motivos (XVIII) y a su articulado subrayan los peligros de la adopción de las medidas y su carácter de accesoriedad, provisionalidad e instrumentalidad. Queremos decir con ello por un lado que la decisión al respecto ha de tomarse con suma cautela pues a la presunción de derecho o buen derecho de la parte demandante se opone la presunción de derecho de la parte demandada a ser absuelta de la demanda y al mantenimiento de una situación jurídica o fáctica determinada hasta que no deba alterarse por sentencia firme. Por otro lado, aunque la adopción o no de las medidas cautelares requiere un estudio del cumplimiento de los requisitos y de las posiciones de la otra parte, no puede ser sino un estudio provisional, somero, incompleto, porque el juzgador no puede ya entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada anticipando su sentencia en una fase procesal previa. Finalmente las medidas cautelares, en todo caso, han de ser homogéneas con la futura ejecución de una sentencia hipotéticamente estimatoria y no pueden ser una excusa para causar un perjuicio irreparable o desproporcionado a la parte demandada.

SEGUNDO Ahora bien, La parte instante ha interesado la adopción de las medidas sin dar traslado de la solicitud a la contraria, es decir, sin audiencia de parte. Esto supone que para poder estimar la solicitud y adoptar las medidas interesadas por la instante es necesario analizar y acreditar, en primer lugar que concurren razones de urgencia o de compromiso del buen fin de la medida si se le da traslado de la solicitud a la parte contraria. Si se considera acredita esta circunstancia se entraría a examinar los requisitos propios de las medidas cautelar.

El artículo 733.1 LEC dispone que "como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado". Sin embargo, el apartado 2 del precepto citado permite adoptar las medidas cautelares sin audiencia de las partes "cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar".

Por tanto, sólo cabe adoptar medidas cautelares inaudita pars cuando concurren las citadas razones de urgencia o la posibilidad de frustración de su eficacia, ya que en estos casos, se trata de evitar que se frustre la finalidad de la tutela cautelar. Ello supone que la solicitud inicial junto a los requisitos legalmente establecidos ha de hacer mención expresa de las razones que justifican la exclusión de la audiencia previa del demandado, con una motivación y justificación específica, e igualmente ha de efectuarse en el auto que resuelva sobre la misma (art. 733.2, párrafo primero, inciso final). Se trata, por otro

lado, de conceptos jurídicos indeterminados que han de valorarse en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Se ha entendido que concurren razones de urgencia si la conducta constitutiva del peligro por la mora procesal estuviera preparada o se hubiera incoado con riesgo de consumir el perjuicio si hubiera que esperar a la celebración de la vista. Además, las razones de urgencia a las que se refiere el precepto no pueden identificarse ni con el *periculum in mora* que justifica la adopción de medidas cautelares, ni con las "razones de urgencia o necesidad" a las que alude el artículo 730.2 LEC, que son las que justifican la presentación de la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda.

En cuanto a la urgencia, el Auto AP Asturias, Sección 7.º, de 13-06-2002 entiende que se produce cuando existe "un quantum" de peligro superior del que ya de por sí sería suficiente para la adopción de una cautela, esto es, el que viene a configurar el presupuesto del *periculum in mora*. Por su parte, el auto de 9-07-2001 AP Baleares, Sección 3.º, señala que "en definitiva, si la urgencia viene motivada por la necesidad imperiosa de proteger determinados derechos, en aquellos supuestos en los que de no procederse a su inmediato amparo se podría producir una insatisfacción definitiva, aunque luego se otorgara la tutela judicial en la sentencia, la misma no es predicable respecto a la supuesta disolución de una sociedad viva al formular la petición con base en la simple sospecha de que se constituyó exclusivamente para la promoción del edificio, que aconseje adoptar la medida inaudita parte".

Por otro lado debemos señalar que no basta la mera alegación de razones de urgencia o que la audiencia puede comprometer el buen fin de la medida, sino es necesario que se acrediten, debiendo desplegarse una mínima actividad probatoria para demostrar que hay una serie de datos que indiciariamente nos permiten justificar la necesidad de adoptar la medida sin audiencia previa.

La representación de la CORPORACIÓN RADIOTELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A. expone que se ha de adoptar la medida inaudita parte, dadas las razones de urgencia que concurren, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 721 y siguientes de la LEC.

Asimismo desarrolla tal alegación de "urgencia" al exponer que de no adoptarse la medida propuesta, se produciría una infracción de los derechos de propiedad intelectual de RTVE sobre el formato adquirido, así como la comisión de actos de competencia desleal que perjudiquen la reputación de RTVE y de su programa "TENGO UNA PREGUNTA PARA USTED". Continúa indicando la actora que el programa de TELECINCO no ha agotado los posibles perjuicios a RTVE, pues las redifusiones y nuevas emisiones de otros programas bajo la misma serie de ESPAÑA PREGUNTA y con el mismo formato, van a perjudicar a RTVE. Asimismo ya en su inicial solicitud de medidas cautelares la actora exponía que TELECINCO ha anunciado la emisión de nuevos programas de la serie denominada "ESPAÑA PREGUNTA". Es más el día 11 de noviembre de 2010 se ha recibido en el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid fax remitido por la solicitante de las medidas en el que expone el acaecimiento de una nueva emisión o redifusión del programa ESPAÑA PREGUNTA, BELÉN RESPONDE.

En efecto, cabe convenir con la solicitante en que la propia rapidez y dinámica de los medios de comunicación conlleva que desde que se anuncia el programa hasta su emisión transcurra muy poco plazo.

De forma que la circunstancia de que RTVE tenga previsto la emisión de nuevos programas y que TELECINCO haya anunciado otros programas de la misma serie y se haya vuelto a emitir el referido conllevan la urgencia aducida.

Debe recordarse que no ha de confundirse la urgencia que legitima la posibilidad de adoptar las medidas inaudita parte con el periculum in mora que se refiere no a la inmediatez con la que se pudiera adoptar la medida, sino al riesgo de ineffectividad de la resolución que en su día recaiga, de no adoptarse las medidas cautelares.

Así, indiciariamente se pondera el riesgo de continuación de las infracciones de forma inminente por la rapidez de los medios audiovisuales de comunicación en elaborar nuevos programas de la serie o la redifusión del ya emitido, como sustento de la alegación de urgencia.

TERCERO Seguidamente, debemos analizar si está justificada la petición de la medida previa a la presentación de la demanda.

Las razones de urgencia o de necesidad a las que alude el artículo 730.2 de la LEC son las que justifican la presentación de la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda, que se relacionan con el proceso de confección de la demanda principal cuyo tiempo no se corresponde necesariamente con la presentación de la solicitud. Es necesario determinar previamente cuál va a ser la pretensión definitiva que se articule en la misma para determinar si existe o no correlación entre ambas (AAP Cádiz de 14 de marzo de 2005 y AAP Córdoba 23 de Mayo de 2002), no bastando la alusión a conceptos generalizados, debiendo precisarse datos concretos para determinar la procedencia de tales medidas. Por lo tanto, como presupuesto previo se requiere que la medida sea instrumental o idónea, y ello exige una correlación entre la solicitud de las medidas cautelares y la petición del procedimiento principal, de manera que si se estima la pretensión principal, los efectos y consecuencias sean los propios de la medida que se adoptó. Esto supone que la ausencia de interrelación entre ambas supondría el rechazo de la medida cautelar, ya que en suma, ésta se caracteriza por garantizar la efectividad de la resolución de fondo recaída en el procedimiento principal.

En relación con este presupuesto es preciso traer a colación las consideraciones contenidas por la AP de Madrid sección 28ª, en los autos de 20 de diciembre y 22 de febrero de 2007 (citados por el AJMER N° 5 de Madrid de 14 de Abril de 2009) que puedan sistematizarse de la siguiente forma: Se trata de una excepción respecto al régimen ordinario, previsto en el art. 730.1 de la LEC , consistente en la solicitud de tales medidas con la demanda principal. No puede ser confundido o identificado con el del peligro en la demora propio de todas las medidas cautelares y previsto en el art. 728.1 de la Ley , porque si fuera así la solicitud de medidas previas quedaría desprovista de singularidad, y el requisito adicional del art. 730. 2 de la LEC resultaría vaciado de significado. Sin embargo, no puede considerarse en principio que ningún contenido de una disposición legal, en este caso el art. 730. 2 sea superfluo o carezca de significado.

La necesidad y urgencia ha de relacionarse necesariamente con la existencia de motivos que impidan o dificulten gravemente a la solicitante la presentación inmediata de la demanda iniciadora del procedimiento principal, con la que de ordinario han de solicitarse las medidas cautelares, y que provoquen que en el periodo imprescindible para preparar la presentación tal demanda (necesariamente breve, puesto que la demanda ha de presentarse dentro de los 20 días posteriores a la adopción de las medidas) puedan producirse acontecimientos que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en la eventual sentencia estimatoria.

Sin ese "plus" añadido no solamente se desconoce el régimen legal de las medidas cautelares previas a la demanda que resulta de los preceptos legales mencionados, sino que se incurre en el riesgo de que tales medidas cautelares puedan utilizarse como una herramienta no conectada necesariamente a la promoción de un proceso principal, y sean utilizadas como simple medio de presión a las personas frente a las que se solicita, o como medio de anticiparse y situarse en mejor posición, de modo injustificado, que otros perjudicados que se encuentran en la misma situación que los recurrentes.

En el caso que nos ocupa, tratándose, en nuestro caso, de un conflicto relativo a la emisión de programa en un medio de comunicación tan especial como es la televisión y, sobre todo, estándose actualmente o bien redifundiendo el programa o parte del mismo en otros espacios de la cadena TELECINCO, y puesto que se corre el peligro de que a la hora de examinarse dicha solicitud o demanda principal por este Juzgado, la redifusión haya cesado o haya producido ya efectos, además de añadirse que cuanto más tarde en adoptarse la medida, menos efectividad va a tener.

Consecuentemente, sí se aprecia la concurrencia de razones de urgencia o de necesidad a las que alude el artículo 730.2 de la LEC .

CUARTO Respecto del "periculum in mora", ha señalado el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en Auto de 3 mayo 2002 que la existencia del peligro de mora, requisito esencial para la adopción de la medida cautelar solicitada, se configura con un carácter objetivo, como una probabilidad concreta de peligro para la efectividad de la resolución que se dicte, no en términos subjetivistas de creencia o temor del solicitante en la existencia del peligro.

En el supuesto objeto de autos el peligro de demora no es tanto el riesgo de que sobrevenga una circunstancia que impida la futura ejecución o la convierta en inútil, como sería predicable de las medidas puramente conservativas, sino de poner fin a un daño efectivo en el derecho protegido o, si se quiere, evitar el peligro de que ese daño aumente, por lo que no cabe duda de que, en principio, concurre dicho requisito en el supuesto de autos.

Se explicita y acredita que se ha emitido un programa de lo que parece ser una serie "ESPAÑA PREGUNTA", y se anuncia la posible redifusión del mismo y la realización de espacios similares en televisión y obviamente, debido a tal repercusión mediática, podrían verse afectados los derechos de la parte solicitante.

QUINTO Respecto del presupuesto de apariencia de buen derecho, que no es otra cosa que la verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión o como

dice el propio artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , una justificación indiciaria y provisional favorable al fundamento de la pretensión del instante.

Por lo tanto, no se ha de perder la perspectiva del anuncio de ejercicio de acciones de la Ley de Competencia Desleal y acciones por violación de los derechos de propiedad intelectual.

En efecto, se aduce que según el art. 10 TRLPI , los formatos de los programas de televisión son susceptibles de protección, en cuanto creaciones originales expresadas por cualquier medio o soporte.

Así, se aporta como documento nº 1 "Contrato de licencia de formato" suscrito entre TVE y TF1 para la adquisición de los derechos para la producción y emisión del formato en España. De ahí que se deduzca que RTVE sea la titular exclusiva del formato del programa en España, por lo que no cabría la utilización del formato por terceros.

Asimismo la parte también entiende que nos encontraríamos ante una violación de lo dispuesto en los arts. 6 y 11 LCD .

De la similitud de ambos programas son claros los ejemplos que suponen las críticas de televisión en algunos medios como "La Razón", "Público" "La Gaceta" y "El Periódico", con frases como "con un formato similar al de TVE Tengo una pregunta para usted", "y lo hará de forma peligrosamente parecida a Tengo una pregunta para usted".

Se constata que nos encontramos ante la misma estructura de programa, con un moderador, preguntas que formulan los asistentes y respuestas por el invitado. Consecuentemente, nos encontramos ante un formato casi idéntico, fácilmente reconocible por el telespectador al que se dirige, sin perjuicio de que existan algunas diferencias no esenciales.

Por eso, la observación de ambos programas por el espectador le transmite la idea de que se trata del mismo programa aunque con un perfil de entrevistado distinto

Esta idea de conjunto no se desdibuja por el hecho de que los decorados, el "logo" o algunos aspectos técnicos presenten algunas diferencias en uno y otro.

En este sentido, la jurisprudencia ha considerado que lo relevante es el canon de la totalidad o visión de conjunto o sintética (SAP Valencia de 12 de marzo de 2.002). La SAP Toledo de fecha 4 de abril de 1.992 consideró imitación la copia de los elementos esenciales de la prestación, los que condensan su fuerza individualizadora o el esfuerzo de su creador.

Lo que se trata ahora de revelar es si dicha imitación, que en principio es libre, constituye un comportamiento desleal por concurrir alguno de los supuestos previstos en el Art. 11.2 LCD . El indicado precepto considera desleal la imitación, en primer lugar, cuando resulte idónea para generar riesgo de asociación. Sin embargo, no parece que exista riesgo de asociación en cuanto al origen empresarial y las disparidades que se han reseñado.

Tal y como reseñó la S.J.Merc. N°6 de Madrid del 18 de Junio del 2007: "El segundo supuesto de imitación desleal se produce cuando se realiza aprovechando la reputación ajena, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 11.2 LCD . Señala MASSAGUER en su Comentarios, que la conducta desleal a que se refiere el aprovechamiento de la reputación ajena hunde sus raíces, en los actos parasitarios y de obstaculización". Bajo el primer aspecto, el imitador se vale de la fama y prestigio ganados por la prestación original en un segmento de mercado distinto del propio de la prestación original, y crea en dicho segmento una demanda específica para su prestación en cuanto reconocida imitación de la prestación afamada. La imitación se hace hueco en el mercado, gracias a su identidad o similitud sustancial con la prestación imitada, y lo logra entre una demanda que no integra su clientela natural, pero que conoce su prestigio y fama.

Bajo el segundo aspecto, referente a los actos de obstaculización, el aprovechamiento de la reputación ajena está en condiciones de impedir al tercero afectado el normal desenvolvimiento de su actividad en el mercado, cuando no ocasiona directamente la pérdida de su reputación. Los elementos expuestos sí pueden identificarse en el caso que nos ocupa. TELECINCO aprovecharon la fama y reputación que tenía el programa "TENGO UNA PREGUNTA PARA USTED" para lanzar ESPAÑA PREGUNTA, con un formato idéntico, en un segmento de mercado diferente, que no se centra en el mismo perfil de entrevistado.

De ahí que sea fácil deducir que los espectadores habituales de "TENGO UNA PREGUNTA PARA USTED" conocían su prestigio y fama, lo que provoca un efecto de atracción por el mismo formato presentado por TELECINCO, pero referido a un personaje distinto, habitual de la denominada "prensa rosa".

El segundo aspecto antes referido, relativo a la obstaculización de la normal actividad del imitado y la pérdida de su reputación, también concurre en este caso. Se podría deducir tal aspecto de la disparidad entre los perfiles de los invitados en el programa de RTVE, así, el Presidente del Gobierno, el Jefe de la Oposición, Ministros, otros políticos... mientras que el programa de TELECINCO parece de inicio enfocado a entrevistar a personajes de la prensa rosa.

SEXTO Respecto de la caución, es ocioso recordar que la caución tiene por objeto asegurar al menos de forma parcial o provisional los perjuicios que de una hipotética desestimación de la demanda principal se pudieran derivar para la parte en cuya contra se adoptó la medida, por lo que atendiendo a la naturaleza y contenido de la medida y en definitiva la falta de constancia del perjuicio que la adopción de la medida pueda suponer, se aconseja establecer una caución de 90.000 Euros. La caución fijada podrá prestarse en cualquiera de las formas previstas en el art. 529 , es decir dinero efectivo o mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca, quedando suspendida la efectividad de la medida acordada a la previa prestación de caución de conformidad con el art. 737 , fijándose de conformidad con el art. 735 un plazo de siete días hábiles para la prestación de la caución por la parte solicitante.

SÉPTIMO En definitiva, NO ha lugar a imponer las costas a ninguna de las partes; arts. 736, 22 y 394 L.E.C..

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

PARTE DISPOSITIVA

SE ACUERDA: Acceder a lo solicitado por el Procurador Don Roberto de Hoyos Mencía, en nombre y representación de la CORPORACIÓN RADIOTELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A. en su solicitud de medidas cautelares inaudita parte, y en consecuencia la adopción de la medida cautelar interesada consistente en:

1 Se prohíba a la demandada cualquier explotación del formato de mi representada "TENGO UNA PREGUNTA PARA USTED", y en concreto:

2 Se prohíba la redifusión en cualquiera de sus canales de televisión o página web del programa ya emitido el pasado 3 de noviembre de 2010, ESPAÑA PREGUNTA, BELÉN RESPONDE, o de cualquier otro que se pudiera emitir durante la pendencia de este proceso, y que use el formato de "TENGO UNA PREGUNTA PARA USTED".

3 Se prohíba igualmente utilizar fragmentos del citado programa, o de cualesquiera otro que se pudiera emitir durante la pendencia de este proceso y que use el formato de "TENGO UNA PREGUNTA PARA USTED", en cualesquiera otros programas de la cadena demandada, y

4 Se prohíba igualmente a la demandada volver a emitir por cualquier medio de comunicación, canal o página web un programa que copie el formato de mi representada "TENGO UNA PREGUNTA PARA USTED";

previa caución de 90.000 euros, caución que deberá prestarse en alguna de las formas establecidas en el fundamento tercero de esta resolución y en el plazo máximo de 5 días hábiles a contar desde la notificación de la presente resolución. En materia de costas se imponen a la demandada.

Una vez sea prestada la caución por el importe y en la forma y plazo acordado en la parte dispositiva de la presente resolución, líbrense los mandamientos y oficios requeridos para la efectividad de la presente resolución en los términos expuestos en esta resolución.

No ha lugar a imponer a ninguna de las partes las costas procesales.

De acuerdo al art. 733 LEC ; Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este Título. Por lo tanto, estése a lo dispuesto en el art. 739 y concordantes LEC .

Así lo declaro, mando y firmo en el día de la fecha; Doy fe.