



Roj: **AAP GR 988/2008 - ECLI:ES:APGR:2008:988A**

Id Cendoj: **18087370032008200078**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **3**

Fecha: **24/10/2008**

Nº de Recurso: **348/2008**

Nº de Resolución: **149/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN TERCERA

ROLLO Nº 348/08 - AUTOS Nº 23/08

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº CATORCE DE GRANADA

ASUNTO: MEDIDAS CAUTELARES

PONENTE SR. KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN

AUTONÚM. 149

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. JOSÉ REQUENA PAREDES

MAGISTRADOS

D. JOSÉ MARÍA JIMÉNEZ BURKHARDT

D. KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN

En la Ciudad de Granada, a veinticuatro de octubre de dos mil ocho.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial constituida con los Ilmos. Sres. al margen relacionados ha visto en grado de apelación -rollo nº 348/08-, los autos de Medidas Cautelares nº 23/08 del Juzgado de Primera Instancia nº Catorce de Granada, seguidos en virtud de demanda de CONSTRUCCIONES JACINTO MUÑOZ, S.A. contra CONSTRUCCIONES MUÑOZ DOÑA, S.L., CONSTRUCCIONES MUÑOZ AGÜERA 2.001, S.L. y D. Pedro Jesús .

HECHOS

PRIMERO.- Que, por el mencionado Juzgado se dictó auto en fecha 27 de marzo de 2.008 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que, estimando parcialmente la solicitud de medidas cautelares formulada por la Procuradora Dª Rocío García-Valdecasas Luque, en **nombre** y representación de CONSTRUCCIONES JACINTO MUÑOZ S.A., frente a D. Pedro Jesús , CONSTRUCCIONES MUÑOZ DOÑA, S.L. y CONSTRUCCIONES MUÑOZ AGÜERA 2001, S.L., debo ordenar y ordeno la cesación provisional por parte de los demandados, en la utilización en el tráfico mercantil, en el sector de la construcción, del signo distintivo "Jacinto Muñoz", y del **nombre de dominio** www.jacintomuñoz.com, en el mismo sector de la construcción bien directamente o como enlace, en tanto se tramita y resuelve la presente demanda. Previamente, antes de cualquier acto de cumplimiento de las medidas cautelares acordadas, debe constituir el actor aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca por importe de 3.000 euros, para asegurar el pago de los daños y perjuicios que las presentes



medidas puedan causar a los demandados. En cuanto a las costas derivadas de este incidente cada parte soportará las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Que contra dicho auto se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, al que se opuso la parte contraria; una vez elevadas las actuaciones a este Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO.- Que, por este Tribunal se han observado las formalidades legales en ésta alzada.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Toda medida cautelar está condicionada, para que pueda prosperar, a que se cumplan tres requisitos que vienen claramente fijados en el artículo 728 LEC : a) Que exista un riesgo derivado de la dilación en el tiempo, propia de todo proceso de declaración (periculum in mora). b) Que el actor acredite la inicial solidez del derecho material que deduce en juicio (fumus boni iuris). Y c) que el actor garantice que está en situación de resarcir los daños y perjuicios que pudieran causarse con ocasión de la medida cautelar, debiendo prestar una fianza suficiente. Es en este marco en el que se debe examinar la procedencia de las medidas cautelares que se soliciten. Hay que evitar, pues, entrar en consideraciones jurídicas que afecten a la titularidad de los derechos, que deberán ser examinadas y resueltas en el juicio principal. Por esta razón, no procede aquí examinar, como pretende el apelante, la ilegitimidad de la actora para reivindicar una marca y un **nombre** comercial que consiste en el **nombre** civil de D. Pedro Jesús .

El primero de los requisitos constituye la base de toda medida cautelar, como se colige del artículo 728.1, ya que de no existir el periculum in mora no hay ninguna razón para adoptar las medidas cautelares, que, en este procedimiento, son las siguientes: cesación provisional por parte de D. Pedro Jesús , Construcciones Muñoz Doña, SL., y Construcciones Muñoz Aguera 2001, SL, en la utilización en el tráfico mercantil del signo distintivo "Jacinto Muñoz" y del **nombre** de **dominio** www.jacintomunoz.com.

SEGUNDO.- El periculum in mora significa, básicamente, que exista un riesgo real de que, mientras se sustancie el proceso, el demandado pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposible una futura ejecución. El Juez es libre de apreciar este riesgo sobre la base de las afirmaciones propias del actor, sin perjuicio de que estas afirmaciones estén más o menos corroboradas.

Compartimos la apreciación del Juzgador de instancia de que la utilización del **nombre** comercial "Jacinto Muñoz" por parte del demandado puede suponer un fraude de los legítimos derechos de la empresa actora que durante más de diecisiete años utiliza como denominación social "Construcciones Jacinto Muñoz", SA. Se debe tener en cuenta que entre los socios de la empresa "Construcciones Jacinto Muñoz", SA y el demandado (hijo-sobrino de los fundadores) existen vínculos familiares, los cuales pueden ser aprovechados para burlar los derechos de aquélla, como, en principio, así ya lo ha hecho registrando "Jacinto Muñoz" como **nombre** comercial en el Registro de marcas, además de haber solicitado la marca nacional Jacinto Muñoz y haber abierto una página Web con el **nombre** www.jacintomunoz.com. Y si bien es cierto que el **nombre** comercial y la denominación social tienen sus propios contornos jurídicos y funciones en el mercado, con frecuencia se pueden producir confusiones que pueden ser aprovechadas por quien quiere confundir a los agentes del mercado.

Se denuncia por la parte contraria una confusión que está creando la propia parte actora en el mercado al pretender la inscripción del **nombre** de **dominio** que corresponde a los apellidos del demandado Benito , puede ser combatida por esta parte ejercitando las acciones que cree oportunas.

TERCERO.- Quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho. El fumus boni iuris se identifica con <<el principio de prueba por escrito>>, lo cual no excluye otras pruebas, según permite el artículo 728.2 i.f). Para apreciar este requisito, el Juzgador debe actuar lo más prudente posible, evitando, si cabe, hacer pronunciamientos que puedan condicionar la decisión en el juicio principal. En cualquier caso, resulta casi imposible no prejuzgar sobre lo que es el objeto de la litis.

A juicio del Juzgador de instancia, se cumple, igualmente, este requisito, no ya sólo porque es más que evidente que la empresa actora ostenta la denominación social desde hace más de diecisiete años, sino porque puede subrogarse en la posición jurídica del titular de la marca que, a su juicio, ha sido indebidamente solicitada o concedida para pedir, pe., la prohibición del uso del signo como **nombre** de **dominio**. Aun cuando el Registro de Marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarlo en el tráfico económico ex artículo 34.1 Ley de Marcas , no por ello queda vedado desde este momento la cesación provisional si alguien se considera perjudicado por la utilización del signo distintivo (no es de aplicación la STS 23 mayo 1995 , que se refiere a otro



tipo de medidas solicitadas junto con la demanda de nulidad de la inscripción registral de un **nombre** comercial; distinto es el caso resuelto en el Auto de la Sección 15ª AP Barcelona de 30 septiembre 2.005 , puesto que la demanda que se interpone, en la que se pide la adopción de medidas cautelares, es por competencia desleal -es en este contexto donde se afirma que el registro enerva el reproche de deslealtad...-). Una interpretación en sentido contrario, como pretende el apelante, haría improcedente cualquier medida cautelar frente a una marca registrada.

CUARTO.- El tercero requisito, la fijación de una caución, tiene por finalidad que el demandado pueda obtener una compensación económica en caso de que una medida cautelar carecía de fundamento, habiéndole causado daños y perjuicios la adopción de una medida cautelar concreta.

Se exige, en concreto, que la empresa reivindicante constituya un aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento por la cantidad de 3000 €. Esta garantía, llamada también independiente, es especialmente fuerte para asegurar los posibles perjuicios que puedan sufrir los demandados en caso de que la sentencia fuese absolutoria.

QUINTO.- Por imperativo del artículo 398.1 LEC , se deben imponer las costas de esta alzada a la parte apelante.

Y por lo que antecede,

LA SALA ACUERDA:

Que desestimando el recurso de apelación, se debe confirmar el auto recurrido, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así, por est nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.