



JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 02 DE MADRID

C/ Gran Vía, 52 , Planta 1 - 28013

Tfno: 914930547

Fax: 914930538

42020572

NIG: 28.079.00.2-2015/0087933

Procedimiento: Pieza de Medidas Cautelares 343/2015 - 01 (Procedimiento Ordinario)

Materia: Derecho mercantil

Clase reparto:

Demandante: CONFEDERACION ESPAÑOLA DE TRANSPORTE EN AUTOBUS - CONFEBUS-

LETRADO D./Dña. JOSE ANDRES DIEZ HERRERA

Demandado: COMUTO IBERIA S.L. y COMUTO S.A.

PROCURADOR D./Dña. ADELA CANO LANTERO

AUTO NÚMERO 26/2016

EL/LA JUEZ/MAGISTRADO-JUEZ QUE LO DICTA: D./Dña. ANDRÉS SÁNCHEZ MAGRO

Lugar: Madrid

Fecha: 26 de enero de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales Don Ignacio Batlló Ripoll, en nombre y representación de CONFEDERACION ESPAÑOLA DE TRANSPORTE EN AUTOBUS, se solicitó la adopción de medidas cautelares de cese en España de la actividad de transporte que realizan las demandadas, incluyendo la prestación de transporte por particulares sin la preceptiva autorización administrativa a través de su plataforma informática.

SEGUNDO.- Que convocándose a la celebración de vista las partes alegaron lo que a su derecho le convenía en relación a las pretensiones cautelares de la actora, quedando los autos conclusos para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Presupuestos y elementos de las medidas cautelares.



A.- El art. 726 de la L.E.C. dispone que el Juzgado o Tribunal podrá acordar como medidas cautelares, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquiera actuaciones, directa o indirecta, que reúna las siguientes características: 1.- ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente; y 2.- no ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

Añade dicho precepto que con el carácter de temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el Tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.

B.- El art. 728 de la Ley Procesal señala que sólo podrá acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria; exigiendo el párrafo 2º del citado precepto que junto a la solicitud se acompañen 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 cuanto al primero de los presupuestos o requisitos, debe señalarse que el *periculum in mora* -como también es conocido este presupuesto- se concibe como el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal, riesgo que puede surgir con ocasión de la necesaria dilación temporal en alcanzarse, tras la realización del proceso de declaración, la sentencia que conceda aquella tutela. Desde la clásica aportación de Calamandrei, suele resaltarse la distinción entre peligro de infructuosidad -consistente en que la ejecución sea posible o difícil en el momento en que proceda- y peligro de retraso -daño inmediato e irreparable que se produce por el simple retraso en obtener la prestación-. Los riesgos para la efectividad de la tutela pretendida en el proceso de declaración pueden presentar una gran variedad, pero se puede intentar una enumeración aproximativa más completa que la anterior: 1.º) Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto; y 2.º) Riesgos que amenazan a la posibilidad práctica

de una ejecución en forma específica o a la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad.

En cuanto al segundo de los presupuestos, cual es el relativo al *fumus boni iuris*, debe significarse que la previsión legislativa de las medidas cautelares es explicable por la consideración de un eventual resultado procesal favorable al actor. Cuando se inicia un proceso esta eventualidad es, desde luego, siempre posible. Sin embargo, así como sería inícuo condicionar el acceso al proceso a una cierta demostración preliminar de la realidad del derecho que se hace valer, por cuanto supondría cortar la posibilidad misma de reconocimiento del derecho, es, por el contrario, aceptable que para la concesión de una medida cautelar, que implica una injerencia en la esfera jurídica del demandado, se requiera que pueda formarse un juicio positivo sobre un resultado favorable al actor. Ahora bien, esa exigencia no puede llevarse hasta el extremo de que el material (alegaciones, pruebas) que el juez deba tomar en consideración para otorgar la medida, tenga que ser el mismo que el necesario para resolver sobre el objeto del proceso principal y deba ser aportado y tratado del mismo modo que para este último se halla establecido. De ser así se incurriría en una duplicación de la instrucción, pero, sobre todo, la medida cautelar no podría cumplir la función que tiene encomendada, pues se reproduciría a su respecto la dificultad que está destinada a superar; de lo que debe concluirse que basta que se demuestre la probabilidad del derecho u otra situación jurídica cuya tutela se pretende en el proceso principal. En este sentido el art. 728.2 LEC dispone que "... El solicitante de medidas cautelares también habrá de 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 indicario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios..."

C.- Junto a tales presupuestos o requisitos sustantivos para la adopción de la medida cautelar, es imprescindible que, conforme al artículo 728.1, 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces".

SEGUNDO.- Examen de la pretensión cautelar.

Atendiendo a tal regulación y doctrina jurisprudencial, del examen de la solicitud resulta que son impetradas como consecuencia de una demanda en la

que se suplica la declaración de actos comprendidos en la Ley de Competencia Desleal, medidas que según se desprende del escrito instante de la actora deben consistir en el cese en España de la actividad de transporte que realizan las demandadas, incluyendo la prestación de transporte por particulares sin la preceptiva autorización administrativa a través de su plataforma informática y que harían ineficaz una posible demanda estimatoria.

Para acoger la solicitud de medidas cautelares es imprescindible, a tenor de lo establecido en el apartado 1 del artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el solicitante justifique que la no adopción de las mismas durante la pendencia del proceso podría desembocar en una situación que impidiese o dificultase la efectividad de la tutela derivada de una eventual sentencia estimatoria de sus pretensiones, concepto éste mucho más amplio que el de la mera ejecución de la sentencia.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la tutela solicitada por el demandante es anticipatoria de la ejecución y no propiamente conservativa, es decir, se trata con ellas, de provocar la satisfacción anticipada de la pretensión, sin tener que esperar a la sentencia definitiva, habilitando la pronta ejecución de lo que se resuelve previamente.

En estos casos 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 y tal circunstancia debe apreciarse y valorarse con relación al tiempo en que se efectuó la solicitud.

Igualmente y como se ha dicho, es imprescindible para que se puedan adoptar medidas cautelares, que no se haya mantenido o tolerado una situación de hecho durante tiempo.

En este sentido, La Audiencia Provincial de Madrid, en Auto de 3 de enero de 2014 reiterando el criterio expresado de forma reiterada en resoluciones de esa misma Sección 28, afirma que el puro dato del tiempo transcurrido entre el momento en el que se pudo impetrar la tutela judicial ante una determinada situación de hecho y la activación de tal posibilidad no basta, resultando necesario un plus acreditativo del beneplácito del solicitante con el estado de cosas al que se pretende hacer frente con la solicitud de medidas cautelares.

Sin perjuicio de lo que resulte del juicio plenario y a los solos efectos de la actual sede cautelar y no prejuzgando el litigio principal planteado y aún sabido, es necesario recalcar que en el procedimiento de medidas cautelares no se puede pretender por las partes que se resuelva sobre el fondo del asunto, ya que el art. 728.2 prohíbe al tribunal "prejuzgar el fondo del asunto". Sobre todo, en los casos de medidas cautelares coetáneas a la demanda en la que las partes suelen efectuar alegaciones con tal detalle y extensión que, realmente, parece que se busca anticipar el criterio del Tribunal sobre el fondo del asunto. El órgano judicial solo puede, sobre la base de los datos argumentados y justificaciones ofrecidas por el solicitante de las medidas, establecer un "juicio provisional e indiciario" sobre su pretensión, de modo que, solo cuando concurren todos los requisitos establecidos, se podrán acordar las medidas cautelares procedentes.

Esta cautela será la que este juzgador tenga a la hora de resolver la cuestión cautelar presentada, sin que las argumentaciones que se viertan en la presente resolución hayan de tener, más valor que el preciso y necesario a fin de resolver sobre las medidas interesadas y no puedan servir, en modo alguno, de razonamientos que pudieran prejuzgar el fondo del asunto; máxime cuando, en el procedimiento de medidas cautelares, las posibilidades de alegación y prueba son distintas de las que se pueden hacer uso en un juicio ordinario, pudiendo arrojar resultados valoratorios diferentes.

A este efecto, de lo argumentado en la vista y de lo acreditado, lo primero que habrá que establecer es si la actividad de las demandadas ha permanecido durante el tiempo sin reproche de la actora. En este sentido la actividad de blablacar se inició en el año 2009 y alcanzó notoriedad sobre el año 2013, año que al parecer, el servicio de intermediación dejó de ser gratuito.

Es cierto que la parte actora giró sendos burofaxes a las codemandadas, los cuales no llegaron a su destino, además de otras actuaciones tendentes a obtener información fiscal y administrativa, lo que esta actividad ciertamente indica un grado de reproche y ello a partir de la eliminación de la gratuidad en la intermediación y cambios en la página web, ahora bien, desde el punto de vista objetivo, la remisión de unos burofaxes de los que no tuvo conocimiento las codemandadas y habiendo transcurrido un tiempo más que suficiente desde ese hito hasta la interpelación judicial, debe entenderse insuficiente el reproche para superar la alteración fáctica, o dicho de otra forma, no se puede apreciar otras razones que aconsejen la adopción de las medidas cautelares solicitadas, cuando la actual actividad de BlaBlacar lleva inalterable desde el año 2013, sin

que pueda apreciarse ex novo y de forma reciente, un nuevo y específico periculum in mora.

El requisito del "periculum in mora" se debe concretar, según la doctrina, en un peligro actual que, obviamente, reforzado por el tiempo que transcurrirá hasta que se dicte sentencia, pueda impedir la eficacia de la futura sentencia estimatoria. En consecuencia, el solicitante deberá acreditar cuáles son los hechos que fundamentan la existencia actual, siquiera indiciaria, del peligro alegado y que pueden determinar que, contestados en el futuro, impidan que pueda hacerse efectiva la eventual sentencia estimatoria; por ello no se permite que con la medida cautelar se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante largo tiempo, salvo que se justifiquen cumplidamente las razones por las que no se han solicitado las medidas, lo que en el presente caso no han sido suficientes. En este sentido dice el auto del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2002 que "...sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrán producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria y 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.

Además, hay que recordar que con la medida cautelar solicitada, en verdad se pretende anticipar en cierta forma el resultado del fallo, al pedir el cese de actos de competencia desleal, lo que tiene un marcado efecto anticipatorio puesto que es uno de los pedimentos de la demanda principal. Sin embargo, con independencia de ello, y por lo dicho en los fundamentos precedentes, el juzgador entiende que no procede la petición de medida cautelar. El requisito de apariencia de buen derecho no puede ser analizado en este momento procesal, aun presentando elementos que pudieran abonar la acción entabada, dado que el filtro del peligro de mora procesal y la falta del mismo aconsejan no realizar un pronunciamiento que en este caso sería a efectos dialécticos cuando de directo perjuicio del procedimiento principal.

Por lo que no dándose los requisitos legales y doctrinales para la adopción de las medidas cautelares, deben ser desestimadas.

TERCERO.- Dadas las severas dudas fácticas y jurídicas no cabe pronunciamiento sobre costas.

PARTE DISPOSITIVA

No haber lugar a la adopción de las medidas cautelares solicitadas por la demandante CONFEDERACION ESPAÑOLA DE TRANSPORTE POR AUTOBUS en el procedimiento ordinario 343/2015 interpuesto contra COMUTO, S.A Y COMUTO IBERIA, S.L., sin expreso pronunciamiento sobre las costas causadas.

MODO DE IMPUGNACION:

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado para ante la Iltna. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, en el plazo de veinte días a contar desde la notificación.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACION en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.C.vil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2257-0000-00-0343-15 de esta Oficina Judicial de la cuenta general de Depósitos y Consignaciones abierta en BANCO DE SANTANDER.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarse en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 0274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de lo Mercantil nº 02 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2257-0000-00-0343-15

Lo acuerda y firma S.S^{as}.; doy fe.