



Roj: **SAP B 9234/2009 - ECLI: ES:APB:2009:9234**

Id Cendoj: **08019370152009100186**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **02/07/2009**

Nº de Recurso: **302/2008**

Nº de Resolución: **223/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ELENA BOET SERRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 302/2008-2ª

JUICIO ORDINARIO Nº 385/2006

JUZGADO MERCANTIL N º 1 DE BARCELONA

SENTENCIA Núm.:

Ilmos. Sres./a

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. LUÍS GARRIDO ESPA

Dª ELENA BOET SERRA

En la ciudad de Barcelona, a dos de julio de dos mil nueve.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta audiencia Provincial, los presentes autos de juicio ordinario número 385/2006 seguidos ante el Juzgado Mercantil nº 1 de Barcelona a instancia de DOREL HISPANIA, S.A., representada por la procuradora Inmaculada Guasch Sastre contra MATÍAS MASSO, S.A. representada por el procurador Carlos Pons de Gironella. Estos autos penden ante la Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por MATÍAS MASSO, S.A. contra la sentencia dictada el 01 de febrero de 2008 por el referido Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"1.- Estimar parcialmente la demanda interpuesta por DOREL HISPANIA, S.A., representado por el Procurador Dña. Inmaculada Guasch Sastre contra MATIAS MASSO, S.L. declarar que la conducta del demandado con la publicación de la **publicidad** contenida en el cuerpo de esta resolución es desleal e ilícita y condenarle a:

a)Pagar a la actora la cantidad de 7377'3 euros.

b)Publicar en el número de las revistas SER PADRES, TU BEBÉ, MI BEBÉ Y YO Y CRECER FELIZ que se publiquen tres meses después de la firmeza de la sentencia un anuncio, como mínimo de la misma extensión que el analizado en esta sentencia y también en la página de la derecha, parte inferior que diga:

" El Juzgado Mercantil número uno de Barcelona ha dictado una sentencia de fecha xxxx en la que declara que la **publicidad** que MATÍAS MASSO, S.L. realizó de su silla infantil Römer Duo Plus en las revistas SER PADRES, TU BEBÉ, MI BEBÉ Y YO Y CRECER FELIZ durante los meses de febrero de 2005 a diciembre de 2005, era engañosa y por esa razón desleal porque:



a) Silenciaba que las fuentes que indicaba (OCU, ADAC, OEMC, RACC, RACE) No habían declarado a la silla Römer Duo Plus como la silla más segura del mercado. Las referidas entidades se habían limitado a puntuar o valorar diferentes parámetros y concluir que la referida silla era una de las más seguras que existían en el mercado en aquella fecha, pero ninguna concluyó que la silla Römer Duo Plus era la más segura de su categoría.*

b) Silenciaba que los estudios realizados por las fuentes que citaba (OCU, ADAC, OEMC, RACC, RACE), comparaban la silla Römer Duo Plus exclusivamente con otras sillas de la Categoría Uno o Grupo Uno, que es de cero a trece kilos, en ningún caso, comparaba la silla Römer Duo Plus con otras sillas de los competidores de otros Grupos. Respecto de las sillas de los competidores en otros Grupos, no puede afirmarse que la silla Römer Duo Plus sea más o menos segura porque la silla Römer Duo Plus no es idónea para bebés de más de trece kilos.""

SEGUNDO: La representación procesal de MATIAS MASSO, S.A. interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia, y admitido el mismo en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas las mismas se siguieron los trámites legales, y se señaló para la votación y fallo del recurso el día 4 de febrero de 2009.

TERCERO: En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a ELENA BOET SERRA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La entidad DOREL HISPANIA, S.A., dedicada a la producción y comercialización de sillas de seguridad para niños en vehículos bajo la marca MAXI- COSI, interpuso demanda contra MATIAS MASSO, S.A., dedicada también a la comercialización de sillas de seguridad para niños pero de la marca ROMER, en ejercicio de las acciones acumuladas de declaración de deslealtad e ilicitud de **publicidad**, rectificación, mediante **publicidad** rectificativa, y de indemnización de daños y perjuicios, por importe de 1.162.391 €, con fundamento en la Ley 3/1991 de Competencia Desleal (LCD) y en la Ley 34/1988 General de **Publicidad** (LGP). Esta pretensión se basa en la **publicidad** de los productos de la demandada en el año 2005 consistente en anuncios insertados en revistas que contienen las siguientes afirmaciones que, a juicio de la actora, son engañosas: "Por todas estas excelentes características técnicas, Romer Duo Plus ha sido clasificada como la silla infantil más segura del mercado por las más prestigiosas asociaciones de consumidores y automóvil clubes europeos (RACE, RACC, OCU, ADAC, OMEC)".

La sentencia de primera instancia ha estimado parcialmente la demanda, declarando que dicha **publicidad** es desleal e ilícita y condenando a la publicación de la sentencia y al pago a la actora de 7.377 ,3 €.

Contra ello se alza la demandada, alegando, primero, que el anuncio no contiene informaciones engañosas y, segundo, la inexistencia de daño a la actora.

La actora se opone al recurso de apelación e interesa la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO: Es objeto de recurso enjuiciar si la publicación de anuncios con el contenido referido, cuya existencia no ha sido controvertida, merece el reproche de la deslealtad por aplicación del art. 7 LCD y/o el de **publicidad** ilícita al amparo del art. 4 de la LGP .

En nuestro derecho positivo la publicación de anuncios con afirmaciones engañosas recibe una doble regulación por medio de la LCD (art. 7 : Actos de engaño.-Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas") y de la LGP (art. 3º .- "Es ilícita: (...) b) la **publicidad** engañosa. (...)") y art.4º .-"Es engañosa la **publicidad** que de cualquier manera, incluida su presentación, induce a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la **publicidad** que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios", indicándose en el art. 5 los elementos que se tendrán en cuenta para determinar si una **publicidad** es engañosa). Han sido muchas las opiniones doctrinales autorizadas que han manifestado la ausencia de justificación de una doble regulación para una misma práctica comercial desleal, como la **publicidad** engañosa, sin que, sin embargo, pueda hoy abogarse por la derogación implícita de la LGP, dada la voluntad explícita del legislador sobre su vigencia manifestada en varias normas posteriores a la LCD, e incluso en la misma LCD. También la doctrina jurisprudencial ha declarado la vigencia de la LGP (SSTS 7 de marzo de



1996 y 4 de julio de 2005 : "El ilícito publicitario puede ser al mismo tiempo un ilícito competencial, del que pueden nacer diferentes acciones incluso acumulables").

Es así que el enjuiciamiento de la práctica denunciada se realizará con base en ambas normas invocadas por la actora, máxime en un supuesto, como el de autos, en el que se denuncia una práctica comercial engañosa por acción susceptible de inducir a error en los consumidores, en el que carecen de relevancia para su resolución las diferencias existentes en las dos normas aplicables.

TERCERO: Es un hecho probado, y admitido por la demandada en su recurso de apelación como hecho no controvertido, que la sillita Romer Duo Plus objeto del anuncio litigioso no ha sido declarada ni calificada como la silla infantil más segura del mercado. Pero ello, a juicio de la demandada-apelante, no significa que las afirmaciones contenidas en el anuncio publicitario litigioso sean engañosas y no ajustadas a la verdad, porque la referida **publicidad** no afirma que la silla Romer Duo Plus sea la más segura del mercado, sino que ha sido "clasificada", mas no "calificada", como la más segura del mercado. Y, según sostiene la apelante, dicha afirmación no es engañosa porque los estudios de las entidades indicadas en el anuncio publicitario permiten concluir que la meritada silla infantil es la que recibió mejor puntuación en materia de seguridad.

La **publicidad** merece el reproche de engañosa, tanto con arreglo al art. 4 de la LGP como del art. 7 de la LCD , si las afirmaciones, objetivamente falsas o no, son aptas para inducir a error a sus destinatarios. El engaño no debe medirse o enjuiciarse con el significado objetivo de las expresiones empleadas en las manifestaciones o afirmaciones esenciales de la **publicidad**, sino en el alcance o impresión que las mismas provocan (o son aptas para provocar) en los destinatarios. Dicha interpretación del engaño desleal o ilícito como expresión de la veracidad subjetiva y no de la exactitud objetiva, viene también impuesta por la Directiva 2005/29 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 , relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior ("Directiva sobre las prácticas comerciales"), cuyo plazo límite de transposición venció el 12 de junio de 2007 y sin que España la haya incorporado a nuestra legislación nacional, que de forma explícita establece en su art. 6.1 que "Se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error en el consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos, y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado: a) (...); b) las características principales del producto, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que puedan esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al productos; (...)".

Por ello, en el supuesto de autos resulta estéril la discusión sobre el distinto significado de los términos "calificar" y "clasificar" en el Diccionario de la Real Academia española. Lo relevante para determinar el engaño es el alcance que tenga en los destinatarios esa expresión en el contexto de la afirmación publicitaria. Además, los destinatarios medios de la **publicidad** no analizan el significado de cada uno de los términos incluidos en un anuncio publicitario, no destacando en ese contexto la expresión "clasificar" sino el de "silla infantil más segura del mercado". Son las mismas entidades referidas en el anuncio publicitario las que, a requerimiento de la actora, han afirmado que no han realizado ningún estudio en el que la controvertida silla infantil se califique como la más segura del mercado (a los folios 93, 108, 138 y 272).

A lo que debe añadirse que la afirmación publicitaria controvertida versa sobre la seguridad, que es la característica esencial del producto publicitado. La esencialidad de la seguridad en una silla infantil para automóviles se deduce tanto de la finalidad propia de dicho producto como por ser la característica que más valoran los consumidores (según resulta del estudio realizado por FERIABebe, aportado como documento nº 18 de la demanda).

Es por ello que la **publicidad** controvertida puede definirse como una **publicidad de tono excluyente**, en la que la demandada se arroga una posición en el mercado única y excluyente en seguridad de sillas infantiles, que contiene afirmaciones erróneas sobre el extremo más esencial en el producto promocionado, la seguridad, susceptibles de, o razonablemente adecuadas para, influir la decisión de elección de los consumidores-destinatarios.

A mayor abundamiento, y con finalidad únicamente esclarecedora de las cuestiones controvertidas objeto de esta alzada, debe afirmarse que el controvertido anuncio publicitario tampoco reproduce verazmente los datos emitidos por las indicadas entidades, por cuanto la aducida valoración o puntuación recibida por la silla publicitada no lo ha sido en relación a todas las categorías sillas infantiles examinadas en los estudios



emitidos por las entidades indicadas en el anuncio, sino, únicamente, respecto de las sillas del grupo I, esto es, las destinadas a niños de 9 a 18 kilos de peso [según resulta del documento nº 20 de la demanda, en el que las sillas se clasifican en varios grupos por categorías de pesos, a saber: Grupo 0+ (de 0 a 13 kg), grupo 0/1 y 0+/1 (de 0 a 18 kg), grupo 1 (de 9 a 18 kg), Grupo 1 / 2 (de 9 a 25 kg), Grupo 1/2/3 (de 9 a 36 kg) y Grupo 2/3 (de 15 a 36 Kg)].

No obstante, debe advertirse que la actora ha formulado su pretensión, en la demanda y en la audiencia previa, en relación únicamente a las sillas del grupo I. De lo que se sigue que la declaración de deslealtad e ilicitud ejercitada no debe exceder lo pedido por la actora. Por ello, procede confirmar el pronunciamiento a quo que declara la deslealtad e ilicitud del anuncio publicitario referido y el pronunciamiento estimatorio de la acción de rectificación ejercitada, pero modificando la información del contenido de la sentencia que se condena publicar en la siguiente forma:

"El Juzgado Mercantil número uno de Barcelona ha dictado una sentencia de fecha xxx en la que declara que la **publicidad** que MATÍAS MASSO, S.L. realizó de su silla infantil Römer Duo Plus en las revistas SER PADRES, TÚ BEBE, MI BEBÉ Y YO, y CRECER FELIZ durante los meses de febrero de 2005 a diciembre de 2005, era engañosa y por esa razón desleal porque:

Silenciaba que las fuentes que indicaba (OCU, ADAC, OEMC, RACC, RACE) no habían declarado a la silla Römer Duo Plus como la silla más segura del mercado. Las referidas entidades se habían limitado a puntuar o valorar diferentes parámetros y concluir que la referida silla era una de las más seguras que existían en el mercado en aquella fecha de entre las sillas de su categoría, pero ninguna concluyó que la silla Römer Duo Plus era la más segura de su categoría. "

CUARTO: Por último, la apelante recurre el pronunciamiento a quo que estima parcialmente la acción indemnizatoria por daños materiales ejercitada por la actora por considerar que la conducta ilícita y desleal de la demandada fue un factor esencial de la reducción de ventas del actor, aunque no fue ni el único ni el principal, y que también fue factor esencial la introducción en el mercado del sistema ISOFIX de anclaje de las sillas infantiles.

La comisión de un acto de **publicidad** desleal no determina necesariamente la existencia de un daño efectivo (daño emergente y lucro cesante). El éxito de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios prevista en el art. 18.5º LCD exige, además de la comisión del acto de competencia desleal, la producción de un daño efectivo como consecuencia lógica y razonable del acto desleal (relación de causalidad) que deberá haber sido realizado con concurrencia de dolo o culpa del demandado. Como ha declarado en varias ocasiones esta Sala (por ejemplo, en sentencias de 7 de junio de 2002 y de 14 de enero de 2004), la pretensión de resarcimiento exige, en todo caso, la concreta y pormenorizada prueba de que el acto de competencia desleal ha ocasionado una pérdida al demandante o ha impedido a éste obtener un beneficio (en este sentido, STS 21 de abril de 1992 y 19 de octubre de 1994).

En el supuesto de autos estimamos probada, primero, la comisión del acto de competencia desleal tipificado en el art. 7 LCD; segunda, la disminución de ventas de sillas del grupo I por la actora durante el año 2005, pero estimamos que no obra en autos prueba suficiente, cuyo onus probandi recae sobre el actor, de una razonable y lógica relación de causalidad entre esa disminución de ventas y la **publicidad** desleal.

La actora dirige su esfuerzo probatorio a determinar el número de unidades de sillas del grupo I que han dejado de venderse en el año 2005 en relación con las ventas en los períodos anteriores y con la estimación del crecimiento anual en el mercado (documento nº 21 de la demanda). Sin embargo, no aporta pruebas que permitan concluir que el referido descenso pueda imputarse a la **publicidad** desleal llevada a cabo por la demandada durante los meses de febrero de 2005 hasta diciembre de 2005. No cabe concluir, como pretende la actora, que la reducción de ventas deriva exclusivamente de la **publicidad** desleal, cuando ha resultado probado o incontrovertido en autos que, primero, la silla ROMER incorpora el sistema de anclaje ISOFIX, que es un sistema revolucionario de anclaje para la seguridad; segundo, que en el año 2005, período en que se realizó la **publicidad** controvertida, las sillas de la actora no incorporaban dicho sistema (que las introdujo en el 2006), ni tampoco lo incorporaban las sillas de los otros competidores concurrentes en el mercado español; tercero, que en el año 2005 todas las empresas del sector (la actora, otras empresas del sector y también la demandada, ésta última concretamente en un 32,80% en relación al año 2004 -al folio 355-) disminuyeron las ventas de sillas del grupo I que no incorporaban el sistema ISOFIX, incrementando la demandada la venta de sillas del grupo I que incorporaban el referido sistema de anclaje. De los hechos probados es lógico concluir que dicho sistema novedoso de anclaje de las sillas de coche para niños ha influido la decisión del consumidor, como sostiene la demandada y ha concluido el Sr. Magistrado a quo. La ausencia de prueba que permita concluir que también la **publicidad** de la demandada ha sido idónea para provocar el descenso de ventas de la demandada nos lleva a concluir, de conformidad al principio de la carga de la prueba, que debe desestimarse la acción de



resarcimiento de daños y perjuicios ejercitada, por ausencia de prueba suficiente sobre una razonable relación de causalidad entre el acto desleal y el daño invocado.

QUINTO: Estimado en parte el recurso de apelación, no se hace expresa imposición de las costas causadas en esta alzada (art. 398.2 LEC).

FALLO

ESTIMAMOS EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de MATIAS MASSO, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil nº 1 de Barcelona, con fecha 1 de febrero de 2008, en autos de los que dimana el presente Rollo, que MODIFICAMOS en el sentido de, primero, absolver a la demandada de pagar a la actora cantidad alguna y, segundo, fijar el siguiente contenido del anuncio que la demandada deberá publicar conforme lo dispuesto en la sentencia de primera instancia:

"El Juzgado Mercantil número uno de Barcelona ha dictado una sentencia de fecha xxx en la que declara que la **publicidad** que MATÍAS MASSO, S.L. realizó de su silla infantil Römer Duo Plus en las revistas SER PADRES, TÚ BEBE, MI BEBÉ Y YO, y CRECER FELIZ durante los meses de febrero de 2005 a diciembre de 2005, era engañosa y por esa razón desleal porque:

Silenciaba que las fuentes que indicaba (OCU, ADAC, OEMC, RACC, RACE) no habían declarado a la silla Römer Duo Plus como la silla más segura del mercado. Las referidas entidades se habían limitado a puntuar o valorar diferentes parámetros y concluir que la referida silla era una de las más seguras que existían en el mercado en aquella fecha de entre las sillas de su categoría, pero ninguna concluyó que la silla Römer Duo Plus era la más segura de su categoría. "

Todo ello, sin hacer expresa condena de las costas causadas en esta segunda instancia.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.