



Roj: **SAP B 13878/2012 - ECLI: ES:APB:2012:13878**

Id Cendoj: **08019370152012100247**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **18/12/2012**

Nº de Recurso: **75/2012**

Nº de Resolución: **425/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 75/2012-3.ª

Juicio Ordinario núm. 151/2011

Juzgado Mercantil núm. 10 Barcelona

SENTENCIA núm. 425/2012

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

MARTA RALLO AYEZCUREN

LUÍS GARRIDO ESPA

En la ciudad de Barcelona, a dieciocho de diciembre de dos mil doce.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 10 de esta localidad, por virtud de demanda de DKV, Seguros y Reaseguros, SAE contra Asistencia Sanitaria Col.legal, S.A. D'Assegurances, Asistencia Sanitaria, pendientes en esta instancia al haber apelado la actora la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 11 de noviembre de 2011.

Han comparecido en esta alzada la apelante DKV, Seguros y Reaseguros, SAE, representada por el procurador de los tribunales Sr. Quemada y defendida por el letrado Sr. Lasheras, así como la demandada en calidad de apelada, representada por el procurador Sr. De Lara y defendida por el letrado Sr. Domingo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: << *Desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Angel Quemada Cuatrecasas en nombre y representación de DKV SEGUROS Y REASEGUROS, SOCIEDAD ANONIMA ESPAÑOLA y dirigida contra ASISTENCIA SANITARIA COL.LEGIAL, S.A. D'ASSEGURANCES-ASISTENCIA SANITARIA- de todos los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, con imposición de las costas causadas en este procedimiento a la actora DKV SEGUROS Y REASEGUROS, SOCIEDAD ANONIMA ESPAÑOLA* >>.

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación DKV, Seguros y Reaseguros, SAE. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 31 de octubre pasado.

Actúa como ponente el magistrado Sr. JUAN F. GARNICA MARTÍN, presidente de la Sección.



FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Términos en los que el litigio aparece planteado

1. DKV, Seguros y Reaseguros, SAE (en adelante, DKV) ejercita contra Asistencia Sanitaria Col.legal, S.A. D'Assegurances, Asistencia Sanitaria (en adelante, ASC) la acción declarativa de **publicidad** ilícita, así como una acción de cesación y la de publicación de la sentencia, alegando que la demandada está llevando a cabo una campaña de **publicidad** respecto de su centro Hospital de Barcelona, y concretamente respecto de sus servicios de neonatología y urgencias, que es ilícita por engañosa, agresiva y de **tono excluyente**, ya que destaca de forma notable que a través del servicio de neonatología, que afirma que tiene las características de ser privado y exclusivo las 24 horas y los 365 días del día, se garantiza que las pacientes no tengan la necesidad de moverse del propio Hospital. También destaca la campaña que el servicio de urgencias a domicilio es el más rápido.

2. La demandada negó que la campaña de **publicidad** realizada fuera ilícita y desleal por engañosa, agresiva y de **tono excluyente**. En cuanto al servicio de neonatología, sostiene que sus afirmaciones son ciertas, ya que la demandada es la única entidad que tiene un Hospital propio en Barcelona que tiene el carácter de servicio privado y exclusivo para sus socios, a diferencia de lo que ocurre en el caso de otras entidades que actúan por medio de conciertos con otros centros sanitarios. Y, en cuanto al servicio de urgencias a domicilio, que es un hecho cierto que es el que ofrece la asistencia más rápida del sector.

3. La resolución recurrida analiza con detalle cada uno de los ilícitos invocados en la demanda y llega a la conclusión de que no existen los actos de **publicidad** ilícita que la actora imputa a la demandada, por lo que desestima íntegramente la demanda.

4. El recurso de la actora se articula en motivos separados respecto de cada uno de los aspectos que pretendía destacar la **publicidad**: (i) el servicio de neonatología; y (ii) y el servicio de urgencias.

A) Respecto del primero, el recurso se funda en los siguientes motivos:

a) Incongruencia por error en la fijación de los hechos controvertidos. Estima la recurrente que la resolución recurrida no ha tomado en consideración la alegación de la demanda sobre un aspecto de la **publicidad** muy relevante para la suerte de sus alegaciones, esto es, que sea el único hospital con un servicio de neonatólogos las 24 horas del día todos los días del año. En suma, se alega, el juez no ha tomado la **publicidad** en su conjunto y solo se ha centrado en un aspecto muy sesgado de la exclusividad cuando la propia demandada está reconociendo que la **publicidad** dice más cosas. La exclusividad, como advirtió el propio juez durante la audiencia previa, no tenía que ver tanto con los asegurados como con el servicio, lo que luego no ha sido objeto de análisis en sentencia.

b) Error en la valoración de la prueba respecto del expediente de la Agencia Catalana del Consumo.

c) Error en la valoración de la prueba respecto a la exclusividad del servicio.

d) Error en la aplicación del derecho.

B) Respecto del servicio de urgencias los motivos del recurso son los siguientes:

i) Error en la valoración de la prueba, por haber atribuido a la actora la carga de acreditar la falta de veracidad de las afirmaciones publicitarias, lo que considera contrario al art. 217.4 LEC .

ii) Error de derecho, ya que debía haber sido la demandada quien demostrara la veracidad de las afirmaciones que hace en su **publicidad**.

C) Respecto de la **publicidad** agresiva se aduce que resulta irrelevante porque la petición articulada en el suplico de la demanda iba dirigida a la declaración como **publicidad** engañosa.

D) En cuanto a la **publicidad** de **tono excluyente**, se insiste por la recurrente en que ambas afirmaciones publicitarias son de **tono excluyente**.

SEGUNDO . Hechos que contextualizan el conflicto que enfrenta a las partes

5. La demanda de DKV exponía los siguientes hechos:

A) DKV ostenta una cuota de mercado en Barcelona del 9,77 % y en Cataluña del 9,59, mientras ASC tiene un 16,87 % en Barcelona y un 13,84 % en Cataluña. Por consiguiente, se trata de dos entidades en franca competencia.

B) En el mes de diciembre de 2010 la actora tuvo conocimiento de que la demandada había iniciado una campaña publicitaria de la que le constaban folletos dípticos a doble cara con el siguiente contenido:



i) En la portada aparece la fotografía de una mujer joven con evidente cara de preocupación y tristeza, sobre el siguiente texto impreso en mayúsculas "ACABO DE TENER UN HIJO PREMATURO" y, en tipología más grande y gruesa, también en mayúsculas, la siguiente pregunta "¿POR QUÉ SE LO LLEVAN A OTRO HOSPITAL?"

ii) Al abrir el díptico aparece en el lado izquierdo del mismo una foto de un neonato acostado boca abajo, con una sonda nasal y con una mano adulta posada delicadamente sobre su espalda, sobre el texto en mayúsculas "CON NOSOTROS, NI TÚ NI TU BEBÉ OS MOVÉIS DEL HOSPITAL DE BARCELONA", recalcando, mediante trazo más grueso y letra más grande, "OS MOVÉIS".

iii) En el lado derecho del díptico se lee el texto: "SOLO ASISTENCIA SANITÁRIA DISPONE DE UN SERVICIO DE NEONATOLOGIA PRIVADO Y EXCLUSIVO, con neonatólogos las 24 horas todo el año", todo ello en mayúsculas, salvo la última frase, recalcando con mayor tamaño y trazo más grueso "CON NEONATÓLOGOS".

Debajo se encuentran tres fotografías en vertical, todas ellas relativas a un neonato, y a su lado, en minúsculas y con tipología pequeña, el siguiente texto:

<< Ser diferente en el mundo de los seguros médicos privados es una forma cualitativamente distinta de entender la sanidad. Y la calidad asistencial no se improvisa de un día para otro. Por eso Asistencia Sanitaria es, desde hace más de 50 años, un seguro médico privado que se desmarca de los demás desarrollando e invirtiendo en seguros únicos para nuestros asegurados.

Disponemos de un servicio privado de neonatología, exclusivo, con neonatólogos cada día y cada noche, durante todo el año para cuidar a los bebés prematuros con los estándares de calidad más exigentes.

Un servicio completísimo equipado con la tecnología más avanzada y los mejores profesionales para que el bebé no tenga que trasladarse a otro hospital o clínica y disfrute en el Hospital de Barcelona de todo el tratamiento.

Además, la madre y su acompañante no se separarán del bebé el tiempo que este permanezca en el hospital, porque disponen de una habitación privada durante todo ese período para su comodidad.

iv) Si pasamos la página, ya en la contraportada del díptico, en la que se observa la fotografía de un coche de urgencias de la anunciante, se puede leer el siguiente texto : <<Además, con Asistencia Sanitaria disfrutarás DEL SERVICIO MÁS RÁPIDO Y EXCLUSIVO DE URGENCIAS A DOMICILIO>>, resaltándose en trazo grueso y mayor tamaño "DEL SERVICIO MÁS RÁPIDO".

Bajo la fotografía se inserta el siguiente texto, en letra más pequeña y con minúscula: << Gracias al SUD (Servicio de Urgencias a Domicilio), nuestros asegurados tienen a su disposición otro servicio de altísima calidad asistencial. Porque somos los únicos que, al recibir tu llamada de urgencia, te enviamos un médico en solo media hora*. Porque, la tranquilidad y la comodidad son sinónimos de rapidez y calidad. Asistencia Sanitaria se preocupa cada día por desarrollar e invertir en los mejores servicios para dar a nuestros asegurados una mejor calidad de vida. Y es que en Asistencia somos médicos y sólo médicos. Por eso sabemos muy bien lo que de verdad necesitan las personas. Servicios como éste son los que nos diferencian

* Estadística de 2009. Tiempo medio de asistencia a domicilio: 36 minutos en Barcelona y Área Metropolitana.

Llámanos al 902 120 122 o entra en asc.es".

6. La contestación de ASC no niega esos hechos, si bien niega que los mismos sean acreedores del reproche de ilicitud y deslealtad que le hace la adversa.

TERCERO. Sobre la alegación de incongruencia

7. El recurso funda su alegación de incongruencia en que la resolución recurrida ha incurrido en error en la fijación de los hechos al considerar que las alegaciones que se hacían en la **publicidad** en relación con el carácter exclusivo del servicio de neonatología estaban referidas a su carácter "privado y exclusivo para los socios de ASC" cuando lo que mantenía la actora en la demanda es que la **publicidad** referida a ese concreto servicio también anuncia que solo ese hospital (H. Barcelona) tiene médicos neonatólogos las 24 horas del día todos los días del año, y que por ello no separan a la madre del neonato para llevarlo a otro hospital. En suma, alega el recurso, como advirtió el propio juez de instancia en la audiencia previa, la exclusividad en el sentido que se emplea en la **publicidad** de la demandada no tiene que ver exclusivamente con los asegurados sino también con los servicios. La resolución recurrida ha ignorado este segundo aspecto y se ha limitado al primero, que fue en el que puso énfasis la demandada.

8. La recurrida alega que no puede apreciarse incongruencia omisiva cuando se produce una desestimación implícita de los argumentos de las partes, que es lo que ha ocurrido en el supuesto enjuiciado.

9. No le falta razón a la demandada cuando alega que no puede considerarse que exista incongruencia omisiva en el supuesto que enjuiciamos por el hecho de que la resolución recurrida no haya tomado en consideración



determinadas alegaciones fácticas o las haya interpretado en sentido distinto al que afirma la demanda. Para que exista incongruencia omisiva, la resolución recurrida debería haber dejado de pronunciarse sobre alguna de las pretensiones deducidas por las partes, lo que no ha ocurrido, ya que la resolución recurrida se pronuncia sobre todas las pretensiones de la demanda.

10. No obstante, también tiene razón la recurrente cuando alega que la resolución recurrida ha omitido tomar en consideración una perspectiva de la **publicidad** cuestionada que la demanda consideró esencial para calificarla como engañosa: su alegación de que la **publicidad** indica que el hospital de la demandada es el único que tiene un servicio de neonatología en el propio centro las 24 horas de todos los días del año, con neonatólogos. Cuando se refiere a la exclusividad, el juzgado mercantil excluye ese sentido y se limita a considerar otro distinto que también está concernido en la **publicidad**: el carácter privado y exclusivo del servicio para los socios de Sanitas. Esa omisión creemos que es muy relevante porque constituye la razón esencial por la que la actora considera que la **publicidad** de la demandada es ilícita.

Por consiguiente, aunque consideremos que haber omitido ese aspecto de la **publicidad** no constituya incongruencia omisiva, sí creemos que puede integrar un error en la valoración de la prueba o, cuando menos, una omisión muy relevante en la justificación de la valoración probatoria. Y con ello no queremos decir, al menos por ahora, que compartamos que la **publicidad** realizada por la demandada pueda ser interpretada en el sentido que afirma la recurrente sino, solamente, que debe examinarse si puede ser interpretada en tal sentido, lo que no se ha hecho en la resolución recurrida. Con ello es cierto que puede considerarse que, en realidad, se ha omitido un pronunciamiento de fondo sobre la razón esencial por la que la demanda consideraba que la **publicidad** de la demandada era ilícita por engañosa. Más adelante entraremos en esta cuestión, al examinar la cuestión de fondo, momento en el que valoraremos los hechos.

CUARTO. Error en valoración de la prueba: expediente de la Agencia Catalana de Consumo

11. Estima la recurrente que se ha incurrido en error al valorar la resolución dictada en el expediente tramitado por al Agència Catalana de Consum en fecha 20 de mayo de 2011 como una resolución de archivo por no considerar engañosa la **publicidad** cuando lo cierto es que la única razón del archivo tiene que ver con la falta de competencia de ese organismo, al considerarse que se está actuando en el ámbito de la competencia entre empresas y el denunciado no es un acto de consumo.

12. La resolución recurrida se refiere a esta cuestión en términos narrativos, no valorativos. Lo hace en estos términos en el párrafo 3.º del FJ 3.º: "Consta igualmente en autos la respuesta del Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya, en la que se afirma que la campaña no requiere autorización por su parte y *el expediente tramitado ante la Agència Catalana de Consum, en el que se dictó resolución de 20 de mayo de 2011 de archivo del expediente por no considerar engañosa la **publicidad** ...*".

Tiene razón la recurrente cuando afirma que de los particulares del expediente de la Agència no se deriva calificación alguna de la **publicidad** sino que la resolución de archivo se funda, exclusivamente, en considerar que no le corresponde conocer a ese organismo por tratarse de un conflicto entre empresas. No obstante, no creemos que de ello resulte nada relevante ni para los intereses de una parte ni para los de la otra.

QUINTO. Error en valoración de la prueba: exclusividad del servicio

13. Estima la recurrente que la resolución recurrida ha incurrido en error al valorar que el servicio de neonatología es exclusivo para los asegurados por ASC cuando lo cierto es que también se prestan servicios a terceros, concretamente los empleados del FC Barcelona o los asegurados por Caja Andorrana de Salud. Estima la recurrente que no puede exigírsele la prueba de que no existe la exclusividad sino que debió ser la demandada quien probara su existencia, conforme a lo que resulta del art. 217.4 LEC . También adujo que en el interrogatorio de la parte demandada se admitió que no existía la exclusividad, ya que admitió que en el Hospital de Barcelona también recibían tratamiento los asegurados de ASISA, compañía de seguros que no es la demandada, al contrario de lo que parece haber entendido la resolución recurrida, que ha entendido que son las siglas de la demandada.

14. La recurrida alega que sobre esta cuestión no existió controversia al determinar los términos de los hechos controvertidos durante la audiencia previa, ya que la parte actora no cuestionó la exclusividad de este servicio (neonatología) para los asegurados de Assistència Sanitària Col.legial. También niega que sea cierto que el legal representante de la demandada haya aceptado que no existía la referida exclusividad.

15. Es cierto que la parte actora no consideró durante la audiencia previa que fuera relevante el hecho al que se refiere este motivo de su recurso. Efectivamente, como alega la adversa en su escrito de oposición al recurso, hacia el minuto 2, 50" el letrado de la demandada manifestó esa falta de relevancia tras haberse referido el letrado de la demandada a ese sentido de la exclusividad, que era el que, en su opinión, ponía de manifiesto la **publicidad**.



También es cierto que el letrado de la demandada admitió que también se prestaba asistencia en el Hospital de Barcelona a asegurados de ASISA, hecho que explicó a continuación por la relación existente entre ambas compañías, afirmando que ASISA era (o había sido) una filial de ASC.

SEXTO. Sobre la **publicidad engañosa en los mensajes relativos al servicio de neonatología**

16. Afirma el recurso que la sentencia cita correctamente el derecho a aplicar en el caso pero no lo aplica correctamente. Parte el recurso de expresar su coincidencia con la resolución recurrida en que los tres puntos esenciales para interpretar la **publicidad** son los siguientes:

- i) el engaño no debe medirse o enjuiciarse con el significado objetivo de las expresiones utilizadas sino por el alcance o impresión que provocan (o son aptas para provocar);
- ii) la inducción a error debe enjuiciarse desde la perspectiva del consumidor medio al que va dirigido el mensaje publicitario;
- iii) el anuncio debe ser enjuiciado en su conjunto, sin descomponerlo en partes.

No obstante, estima la recurrente que la resolución no ha sido fiel, a la hora de resolver el caso, a ninguno de esos postulados, por las siguientes razones:

a) No se ha atendido a la impresión global o de conjunto que causa el anuncio (que en absoluto se analiza) sino todo lo contrario, el juez da por hecho que solo se anuncia la exclusividad del servicio y se ha limitado a analizar una concreta frase.

b) No se analiza la impresión de conjunto que provoca la **publicidad**, que no coincide con la que afirma la resolución recurrida. En opinión de la recurrente, del rostro angustiado que refleja la fotografía de la mujer que aparece en el anuncio se deriva la idea de que la exclusividad va referida al servicio, pues sugiere la idea de que en un hospital distinto al de Barcelona no se dispone del servicio de asistencia permanente a neonatos. Máxime, se afirma, cuando a la fotografía le acompañan dos expresiones tales como: "ACABO DE TENER UN HIJO PREMATURO" y "¿POR QUÉ SE LO LLEVAN A OTRO HOSPITAL?" y cuando en otro lugar del díptico se puede leer: "CON NOSOTROS, NI TÚ NI TU BEBÉ OS MOVÉIS DEL HOSPITAL DE BARCELONA".

c) Se aplica incorrectamente el precepto conforme al cual debe analizarse si existe **publicidad** engañosa, esto es, el art. 5.1 de la Ley de Competencia Desleal, que considera desleal por engañosa toda conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios.

Valoración del tribunal

17. Como afirma la resolución recurrida, el art. 3, apartado e) de la Ley General de **Publicidad** (Ley 34/1998, de 11 de noviembre) en su redacción vigente (procedente de Ley 29/2009, de 30 de diciembre) establece que es ilícita la **publicidad** engañosa, la **publicidad** desleal y la **publicidad** agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

Conforme al art. 5.1 de la Ley de Competencia Desleal, se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:

La existencia o la naturaleza del bien o servicio.

Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, 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 pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.

La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.

El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.

El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.

La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal modificación.



La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.

Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.

18. Como decíamos en nuestra Sentencia de 2 de Julio de 2009 (ROJ: SAP B 9234/2009), la **publicidad** merece el reproche de engañosa (...) 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 con el alcance o impresión que las mismas provocan (o son aptas para provocar) en los destinatarios.

La Directiva 2005/29 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, 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; (...)*".

El art. 7 de la misma Directiva dispone que: "1. *Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado*".

19. La interpretación del sentido de ese mensaje publicitario debe hacerse desde la perspectiva de un usuario medio de los servicios que ofrecen las partes, esto es, debemos suponer que un perfil muy heterogéneo de personas, pues esos servicios van destinados a un abanico de usuarios muy amplio, integrado fundamentalmente por profesionales liberales y trabajadores autónomos en general, esto es, quienes no disfrutan de asistencia sanitaria pública o bien a quienes disfrutando de ella quieren complementar sus prestaciones con los servicios de una empresa privada. Creemos que el perfil es el de un ciudadano con un nivel cultural medio.

20. La cuestión esencial consiste en el sentido que se debe atribuir a la siguiente expresión contenida en el díptico publicitario de la demandada: <<SOLO ASISTENCIA SANITÀRIA DISPONE DE UN SERVICIO DE NEONATOLOGIA PRIVADO Y EXCLUSIVO, con neonatólogos las 24 horas todo el año>>. Es cierto que una lectura de esa frase es la que ha tomado en consideración la resolución recurrida, esto es, que la exclusividad que resulta de la palabra "solo" está referida al carácter "privado y exclusivo" del servicio. No obstante, también puede ser entendido ese mensaje publicitario en el sentido que propone la recurrente, esto es, que solo ASC dispone de un servicio de neonatología con neonatólogos las 24 horas de todos los días del año.

21. Coincidimos con la recurrente en que el mensaje publicitario debe ser tomado en su conjunto para analizar si el mismo es susceptible de inducir a error al consumidor al que va dirigido. Por consiguiente, lo más relevante no es el sentido gramatical que puedan tener las expresiones publicitarias sino el sentido que tienen dentro del contexto en el que se encuentran. En ese sentido, es cierto que el marco en el que se encuentra aquella manifestación viene dado por lo que resulta de las dos primeras páginas del díptico publicitario. En la primera de ellas aparece el rostro de una mujer que aparenta haber dado a luz poco antes y que refleja preocupación. Debajo aparece la leyenda: "ACABO DE TENER UN HIJO PREMATURO" y, en tipología más grande y gruesa, también en mayúsculas, las siguiente pregunta "¿POR QUÉ SE LO LLEVAN A OTRO HOSPITAL? Al dorso, al abrir el díptico aparece una foto de un neonato acostado boca abajo, con una sonda nasal y con una mano adulta posada delicadamente sobre su espalda, sobre el texto en mayúsculas "CON NOSOTROS, NI TÚ NI TU BEBÉ OS MOVÉIS DEL HOSPITAL DE BARCELONA", recalcando, mediante trazo más grueso y letra más grande, "OS MOVÉIS".

22. Coincidimos con la recurrente que en ese contexto lo que parece expresar el mensaje difiere de lo que resulta de su estricta literalidad. Es cierto que la frase destaca con caracteres de mayúsculas "SOLO ASISTENCIA SANITÀRIA DISPONE DE UN SERVICIO DE NEONATOLOGIA PRIVADO Y EXCLUSIVO". El resto de la expresión "con neonatólogos las 24 horas todo el año", no solo está recogida en caracteres más pequeños sino que se encuentra separada de la frase inicial por medio de una coma, lo que nos parece muy significativo.



Si esa coma no se encontrara en el mensaje sería razonable entenderlo en el sentido que propone la actora, esto es, poniendo en relación la expresión "solo" con la expresión "con neonatólogos las 24 horas todo el año"; pero la existencia de la coma nos lleva a la conclusión de que la palabra "solo" guarda relación directa con "servicio de neonatología privado y exclusivo". Por consiguiente, si tomamos el mensaje publicitario y lo aislamos del resto de díptico en el que se encuentra debemos coincidir con la resolución recurrida que el sentido que tiene es el de relacionar la exclusividad únicamente con el servicio que se ofrece solo para los afiliados de ASC que utilicen su servicio hospitalario.

No obstante, las cosas son distintas si el mensaje concreto se toma en consideración, como es obligado hacer, dentro del contexto global en el que se encuentra. En ese contexto el mensaje publicitario parece dar a entender que solo ASC dispone en sus centros sanitarios de un servicio de neonatología que permite prestar una adecuada asistencia sin necesidad de tener que recurrir a un centro distinto. Por consiguiente, en esa impresión de conjunto, el "SÓLO" guarda relación fundamentalmente con lo que precede al mensaje publicitario. Cuando quien recibe el mensaje publicitario llega a la página tercera del díptico ya transporta una imagen previa que ha extraído de los mensajes contenidos en las dos páginas que le preceden, que ilustran un problema: el riesgo de que madre e hijo no puedan recibir asistencia adecuada en un mismo centro tras producirse el alumbramiento. Por consiguiente, el mensaje que recibe al leer SOLO le lleva con naturalidad a la idea de que únicamente los asegurados de ASC disponen del privilegio o de las ventajas de evitar ese riesgo de traslado del recién nacido a un centro distinto.

En ese contexto, resulta muy forzado pensar que la expresión SOLO se pueda poner en relación con el carácter "PRIVADO Y EXCLUSIVO" del servicio de neonatología, expresiones cuyo sentido ni siquiera se puede deducir con facilidad a partir de una lectura superficial del mensaje, de manera que queda muy en segundo plano.

En suma, lo que el consumidor medio percibiría no es que la exclusividad guarde relación con el carácter privado y exclusivo del servicio de neonatología, como ha entendido la resolución recurrida, porque muy probablemente ni siquiera entienda qué quiere decirse con ello, sino que la pondría en relación directa con la posibilidad de recibir el mismo servicio de asistencia al parto y de neonatología en un mismo centro.

23. En ese sentido debemos compartir con la recurrente que el mensaje es engañoso, atendido que parece trasladar a los consumidores a los que va destinado la idea de que ASC presta un mejor servicio de neonatología que las demás aseguradoras competidoras por el hecho de disponer en su hospital de un servicio de neonatología las 24 horas todos los días del año, lo que no ocurriría (se puede deducir) en los demás casos. Y es un mensaje engañoso porque está acreditado que otras aseguradoras también ofertan servicios similares. Así resulta de la prueba practicada y sobre ello no existe controversia entre las partes.

24. Pero no es suficiente que la **publicidad** pueda inducir a error al consumidor sino que aún es preciso un segundo requisito para que pueda ser considerada ilícita como engañosa: que sea susceptible de determinar el comportamiento económico del consumidor, esto es, de inducirle a error en su decisión de optar por los servicios de esta empresa en lugar de por los de otra de la competencia. En el supuesto enjuiciado creemos que el mensaje publicitario engañoso tiene aptitud suficiente para poder determinar el comportamiento del consumidor al que va dirigido. Así resulta de dos circunstancias:

Primera, la propia importancia que los mensajes publicitarios atribuyen a esta cuestión, que ocupa nada menos que 3 de las páginas de un díptico publicitario de cuatro páginas.

Segunda, el hecho de que incide en una cuestión muy sensible: la asistencia que se presta a los hijos recién nacidos. Un dato que el destinatario del mensaje no puede representarse como algo banal sino que es muy relevante desde la perspectiva de su decisión de contratar unos servicios de asistencia sanitaria u otros.

Por consiguiente, compartimos que existe **publicidad** ilícita por engañosa.

SÉPTIMO . Publicidad engañosa y servicio de urgencias

25. La resolución recurrida consideró que, en cuanto a la campaña relativa al servicio de urgencias, la demandada ha acreditado que la duración de sus servicios de urgencia domiciliaria es de 35,47 minutos durante los años 2009 a 2011, lo que le permitía afirmar que ninguna otra aseguradora se comprometía a tanto, esto es, a la prestación de un servicio de este tipo con una media de espera de 30 minutos. A ello se añadía que no se habían suministrado datos que permitieran cuestionar la veracidad de tales afirmaciones, lo que le llevaba a tener esos datos como veraces.

26. El recurso de de DKV cuestiona la apreciación que realiza la resolución recurrida respecto de la veracidad de ese mensaje publicitario con base en los siguientes argumentos:

a) Error en la valoración de la prueba. El art. 217.4 LEC determina que la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas recae en estos procesos sobre el demandado



y, sin embargo, la sentencia ha aplicado la regla inversa, esto es, ha considerado acreditada la veracidad de las manifestaciones realizadas en la campaña porque no se han facilitado por la actora datos de prueba de la falta de veracidad.

b) Error de derecho, porque la demandada debió haber demostrado que era la más rápida en la prestación del servicio y no lo ha hecho, ya que ni siquiera ha intentado acreditar esa manifestación publicitaria.

Valoración del tribunal

27. En la contraportada del díptico publicitario pueden leerse los siguientes mensajes:

a) En la parte superior, sobre la fotografía de un vehículo de asistencia sanitaria y con caracteres gráficos destacados: << Además, con Asistencia Sanitaria disfrutarás DEL SERVICIO MÁS RÁPIDO Y EXCLUSIVO DE URGENCIAS A DOMICILIO>>; resaltándose en trazo grueso y mayor tamaño "DEL SERVICIO MÁS RÁPIDO".

b) Bajo la fotografía se inserta el siguiente texto, en letra más pequeña y con minúscula: << Gracias al SUD (Servicio de Urgencias a Domicilio), nuestros asegurados tienen a su disposición otro servicio de altísima calidad asistencial. Porque somos los únicos que, al recibir tu llamada de urgencia, te enviamos un médico en solo media hora*. Porque, la tranquilidad y la comodidad son sinónimos de rapidez y calidad. Asistencia Sanitaria se preocupa cada día por desarrollar e invertir en los mejores servicios para dar a nuestros asegurados una mejor calidad de vida. Y es que en Asistencia somos médicos y sólo médicos. Por eso sabemos muy bien lo que de verdad necesitan las personas. Servicios como éste son los que nos diferencian

* Estadística de 2009. Tiempo medio de asistencia a domicilio: 36 minutos en Barcelona y Área Metropolitana.

28. Tiene razón la recurrente cuando afirma que no se ha practicado en el proceso prueba alguna que sirva para acreditar la veracidad de los mensajes publicitarios referidos, particularmente, prueba dirigida a acreditar que el servicio a domicilio que presta la demandada sea más rápido que el que prestan las empresas de la competencia. De hecho, al contestar a la demanda la demandada ni siquiera hizo alegaciones tendentes a justificar cuáles son las razones por las que afirma que el tiempo de prestación de sus servicios es el más rápido. Solo se refirió a la norma sobre la carga de la prueba del art. 217.4 LEC, cuestionando que fuera de aplicación en el caso para exigirle que tuviera que acreditar la veracidad de sus afirmaciones publicitarias. Por consiguiente, la única información que sobre el particular se dispone en las actuaciones está referida a los datos que expresa la propia demandada, esto es, que los datos de su propia estadística indican que el tiempo de espera en urgencias domiciliarias fue de poco más de 35 minutos en el periodo 2009-2011. Afirma la demandada que constituiría una prueba diabólica exigirle acreditación del tiempo de espera de las demás aseguradoras cuando las mismas ni siquiera publicitan sus datos.

29. No podemos cuestionar lo que establece el art. 217.4 LEC: << En los procesos sobre competencia desleal y sobre **publicidad** ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la **publicidad** exprese, respectivamente>>. La norma es muy clara en su sentido literal y también en su finalidad, que se encuentra en proteger frente a los posibles abusos o excesos que puedan cometer las empresas en sus prácticas publicitarias.

Es cierto que la aplicación práctica de la norma en el supuesto enjuiciado plantea una seria dificultad, pues no resulta fácil acreditar la veracidad de afirmaciones como las que hace la **publicidad** de la demandada. No obstante, esa dificultad es para ambas partes. Es cierto que la actora podía haber aportado datos de su propia asistencia, si bien con ellos no es suficiente para descartar la falta de veracidad de la afirmación que hace el mensaje publicitario cuestionado. Por consiguiente, lo razonable es que se siga el tenor literal de la norma, lo que viene apoyado por la idea de que si la demandada se atrevió a hacer esas manifestaciones será porque disponía de datos con los que apoyar esa idea. Si no es así, no podemos confiar el juicio sobre la veracidad de esa afirmación a que no se haya acreditado la falta de veracidad sino que debemos llegar a la conclusión de que no ha quedado fijada la veracidad.

La demandada no estaba obligada a comparar sus prestaciones con las de la competencia. Le bastaba con afirmar la calidad de sus propias prestaciones haciendo referencia al tiempo de su asistencia. Pero no se limitó a ello y afirmó que dispensaba el servicio "más rápido" de urgencias a domicilio. Por consiguiente, debe soportar las consecuencias derivadas de la falta de acreditación de la veracidad de esa información, lo que es tanto como afirmar su carácter engañoso.

30. También en este caso creemos que la información engañosa solicitada es susceptible de poder determinar el comportamiento económico del consumidor induciéndole a optar por los servicios de ASC en lugar de por los que ofrece una empresa de la competencia.



Por consiguiente, compartimos con la recurrente que existe **publicidad** engañosa, con todas las consecuencias a ello inherentes.

OCTAVO. Publicidad agresiva

31. Como la recurrente afirma, no es relevante entrar en el examen de la **publicidad** agresiva, por cuanto la única petición que hizo en el suplico de la demanda tiene que ver con la **publicidad** engañosa. Por consiguiente, nada aporta la consideración de la **publicidad** desde esta perspectiva.

NOVENO. Publicidad de tono excluyente

32. Afirma el recurso que ambas manifestaciones publicitarias tienen la consideración de ser de **tono excluyente** porque supone la afirmación por el anunciante de que su oferta es la mejor del mercado.

33. También en este punto debemos compartir el punto de vista de la recurrente. La **publicidad** no se limita a destacar la calidad de los servicios de la demandada sino que compara sus servicios con los de sus competidores para afirmar la mejor calidad de los propios.

DÉCIMO. Consecuencias del éxito de la acción declarativa

34. DKV solicitó en su demanda, además de la declaración de **publicidad** ilícita, que:

a) Se ordenara a la demandada ASC cesar en la actividad ilícita, retirando la totalidad de medios o soportes publicitarios de la citada campaña si no hubiera cesado a la fecha de la sentencia, así como la prohibición de su reiteración en el futuro.

b) Se condene a la demandada a incluir en su página web el pronunciamiento de condena de que sea objeto.

c) Se condene a ASC a publicar a su costa el texto de la sentencia en la edición de Barcelona del diario La Vanguardia.

35. Declarada la ilicitud de la conducta, resulta incuestionable la necesidad de estimar la acción de cesación y la de prohibición de reiteración de la conducta en el futuro.

36. El art. 32.2 de la Ley de Competencia desleal, en su texto procedente de la reforma operada por Ley 29/2009, establece que <<(e) *n las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1 a 4, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora*>>.

Los términos en los que se hizo difusión de la **publicidad** engañosa objeto de enjuiciamiento se limitan a la difusión de los dípticos a los que se ha hecho referencia. De ello se deriva que no podemos considerar que el alcance de la campaña se haya extendido a un sector muy amplio de la población de Barcelona o de Catalunya, dado que es muy poco probable que la difusión de los folletos publicitarios haya sido muy importante. De ello deducimos la innecesariedad de acordar la publicación del pronunciamiento declarativo de ilicitud de la conducta en la prensa escrita. En cambio, si estimamos razonable acceder a la solicitud de que el pronunciamiento se publicite a través de la página *web* de la demandada, en los términos interesados, esto es, durante el plazo de dos meses, y en los mismos términos interesados en la demanda.

DÉCIMO. Costas

37. Estimada sustancialmente la demanda, debe hacerse imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada, conforme a lo que resulta de la aplicación del criterio del vencimiento objetivo, al no apreciar la existencia de dudas de hecho o de derecho que nos puedan llevar a apartarnos de él (art. 394.1 LEC).

38. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por DKV, Seguros y Reaseguros, SAE contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 10 de Barcelona de fecha 11 de noviembre de 2011, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos íntegramente. En su lugar, estimando la demanda de DKV, Seguros y Reaseguros, SAE contra Asistencia Sanitaria Col.legal, S.A. D'Assegurances, Asistencia Sanitaria, declaramos la ilicitud por engañosa de la **publicidad** realizada por la demandada referida y la condenamos a cesar en la actividad ilícita, retirando la totalidad de medios y soportes publicitarios de la campaña si no hubiera cesado previamente y prohibiéndole su reiteración futura y condenando asimismo a Asistencia Sanitaria Col.legal, S.A. D'Assegurances, Asistencia Sanitaria a incluir en su página web una referencia, en los caracteres de tipo



y tamaño usuales en la propia página, de la existencia de esta sentencia condenatoria, así como una breve reseña de los mensajes publicitarios que la han determinado, desde la cual se abra una ventana de enlace en la que pueda accederse al texto íntegro de la sentencia, manteniendo tales indicaciones y enlace durante el plazo ininterrumpido de dos meses.

Imponemos las costas de la primera instancia a la demandada.

No hacemos imposición de las costas del recurso y ordenamos la devolución del depósito constituido.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, a los efectos pertinentes.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ