



Roj: **SAP B 14088/2012 - ECLI: ES:APB:2012:14088**

Id Cendoj: **08019370152012100285**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **17/10/2012**

Nº de Recurso: **172/2012**

Nº de Resolución: **339/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS GARRIDO ESPA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

SECCIÓN DÉCIMO-QUINTA

ROLLO Nº 172/2012-1ª

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 165/2011

JUZGADO MERCANTIL Nº 7 DE BARCELONA

**SENTENCIA núm.339/12**

Ilmos. Sres. Magistrados

JUAN F. GARNICA MARTÍN

MARTA RALLO AYEZCUREN

LUIS GARRIDO ESPA

En Barcelona a diecisiete de octubre de dos mil doce.

La Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial ha visto los presentes autos de juicio ordinario seguido con el nº 165/2011 ante el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, a instancia de GREMIO DE TALLERES DE REPARACION DE AUTOMÓVILES y GREMIO DE VENDEDORES DE VEHÍCULOS DE MOTOR DE BARCELONA Y PROVINCIA, representados por el procurador Ernesto Huguet Fornaguera y asistidos del letrado Enrique Fernández García, contra ANJANA INVESTMENTS S.L.U., representada por la procuradora Marta Dalmasés y bajo la dirección del letrado Clemente F. Delgado Pila.

Conocemos las actuaciones por razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la **sentencia** dictada en fecha 6 de septiembre de 2011 .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "**FALLO: Desestimo la demanda formulada por D. Ernest Huguet Fornaguera en nombre y representación de las asociaciones GREMIO DE TALLERES DE REPARACION DE AUTOMÓVILES y GREMIO DE VENDEDORES DE VEHÍCULOS DE MOTOR, y absuelvo a ANJANA INVESTMENTS S.L.U. de la totalidad de las pretensiones formuladas en su contra y ello con la expresa imposición a la parte condenada de todas las costas procesales causadas**".

**SEGUNDO.** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de las entidades demandantes, que fue admitido a trámite. La parte demandada presentó escrito de oposición al recurso.

**TERCERO.** Recibidos los autos originales fue formado en la Sala el Rollo correspondiente y se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que se celebró el pasado 13 de junio.

Es ponente el Ilmo. Sr. LUIS GARRIDO ESPA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### *Planteamiento del litigio*

**PRIMERO.1.** Las asociaciones actoras, el Gremio de Talleres de Reparación de Automóviles y el Gremio de Vendedores de Vehículos de Motor, ejercitaron en su demanda acciones previstas en la Ley de Competencia Desleal (reformada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre) para reprimir ciertos actos publicitarios llevados a cabo, en cuanto anunciante, por la demandada ANJANA INVESTMENTS S.L.U., que explota varios talleres de reparación de vehículos bajo el nombre comercial o denominación "AURGI".

Las demandantes, con invocación de la legitimación activa que reconoce el art. 33.2 LCD, califican como ilícitas las modalidades publicitarias difundidas, por ser constitutivas de publicidad denigratoria, de acuerdo con la tipificación especial del art. 9 LCD (al que remite el art. 3.e de la Ley General de Publicidad), al ser aptas para menoscabar el crédito en el mercado del colectivo de operadores del sector de reparación y venta de automóviles.

En consecuencia, el enjuiciamiento se ha centrado en el análisis de los anuncios publicitarios a la luz del art. 9 LCD, que conforma la deslealtad concurrencial de los actos de denigración, comprensivos de la publicidad (tras la unificación regulatoria operada por dicha Ley de reforma, 29/2009), en un caso en que los anuncios no permiten identificar a un agente o competidor concreto, y con plenitud se traslada a esta instancia por virtud del recurso de apelación que formula la parte demandante contra la sentencia que desestimó la demanda.

2. Los anuncios publicitarios controvertidos son los siguientes:

**A)** *Cuña radiofónica "Arre borriquito"*.

La demandada, anunciante, difundió esta manifestación de publicidad mediante radio, a través de la emisora Radio RAC 1, en diciembre de 2010, que se emitió en días sucesivos. La comunicación publicitaria adoptaba la tonalidad o melodía de un conocido "villancico":

*"Arre borriquito, vamos al taller, ven que te arruinamos hoy igual que ayer. Arre borriquito cambiate las ruedas que aquí te clavamos y tú no te enteras. ¡ Que no te la clavin !*

*A Aurgi el segon neumàtic Goodyear al 75 %. Per exemple, la mida 175/65/14 per només 18 euros; tot inclòs. Altres mides a aurgi.com. Aurgi, vens per el preu. Centres de Barberà, Cornellà, Mataró Sant Boi i ara també a Hospitalet"*.

**B)** *Publicidad en TV mediante el anuncio "Que no te claven"*.

Anuncio emitido a través del canal 8TV (CityTV, televisión privada de Cataluña), en el que se observa la siguiente sucesión de escenas:

Un cliente se acerca a un taller de reparación de vehículos denominado "TALLER EL CLAU" ("El Clavo"); al verle, un mecánico, encargado o empleado del taller, vestido con un mono de trabajo, sonríe mientras el símbolo del dólar (\$) aparece en sus amplias gafas; el cliente espera a que alguien le atienda y el mecánico se acerca por detrás esgrimiendo una gran llave inglesa, que clava en la espalda del cliente; el cliente se vuelve sorprendido y se ve la llave inglesa clavada en su espalda con una etiqueta en la que se lee "FACTUROT" ("facturón") con el símbolo del dólar; se escucha una voz que expresa "¡ QUE NO ET CLAVIN ¡" ("que no te claven"). Seguidamente aparece la leyenda "Botigues AURGI" y se publicitan neumáticos con cierto precio, así como los centros "Aurgi" en la provincia de Barcelona. Finaliza con una imagen del cliente del taller sonriente y el texto (sic) "Botigues Aurgi, véns per el preu" ("vienes por el precio").

**C)** *Versiones adaptadas de este anuncio insertadas en la página web de la demandada ( www.aurgi.com; Aurgi TV ):*

En una versión se reproduce el anuncio anterior (que ha estado disponible en diciembre de 2010), en formato reducido, con la frase "ESTE INVIERNO, QUE NO TE CLAVEN"; se publicitan neumáticos y finaliza con la frase "Aurgi, vienes por el precio".

En la versión actual, aparece la imagen del "TALLER EL CLAVO" con el letrero de "REBAJAS" y una llave inglesa incrustada; "¿ REBAJAS? QUE NO TE CLAVEN !", "... EN AURGI LAS REBAJAS NO TIENEN SORPRESAS".

**D)** *Anuncios publicados en el portal YouTube.*

En este portal se publica una versión del anuncio televisivo antes descrito, esta vez con ambientación taurina: un cliente se aproxima a un taller denominado "EL BURLADERO"; suena una trompetilla similar a la empleada



en las corridas de toros cuando ha de salir el animal al ruedo; bajo el quicio de la puerta del taller un hombre ataviado con el mono de trabajo espera al cliente con una montera en la mano; se coloca la montera; en los cristales de sus gafas aparecen símbolos del dólar (\$); el mecánico encargado sonríe y emite "eje... eje..." (como si el cliente fuera el toro de lidia); extrae dos banderillas que mantenía escondidas tras de sí; el cliente intenta zafarse mediante un quiebro, pero no lo consigue; el mecánico le clava dos grandes banderillas en la espalda; suena una ovación; de las banderillas cuelga una etiqueta en la que se lee "FACTURÓN \$"; suena una voz en off: "QUE NO TE CLAVEN... EN AURGI TU FACTURA SIN SORPRESAS". Se publicitan a continuación neumáticos con su respectivo precio y finaliza con el texto "Tiendas Aurgi, vienes por el precio".

Se publican así mismo otras imágenes publicitarias de precios de neumáticos ofertados por las tiendas Aurgi con la leyenda "QUE NO TE CLAVEN", e imágenes del mecánico ataviado con un sombrero de cow-boy y una pistola que apunta al cliente por la espalda; el cliente tiene una flecha clavada en la frente con una etiqueta con el texto "facturón", mientras se anuncian piezas y recambios con su respectivo precio.

3. La demanda de las asociaciones demandantes sostiene que estos anuncios transmiten al consumidor la idea de que solicitar un servicio a un taller es sinónimo de ruina, engaño y estafa, lo cual es falso y denigratorio; si bien -prosigue- no hay alusión a establecimientos o talleres concretos, las expresiones empleadas aluden comparativamente a todos ellos dando a entender que estafan sistemáticamente a los clientes con facturas abusivas; al mismo tiempo, se transmite el mensaje de que los precios ofrecidos en los establecimientos Aurgi son los más competitivos, lo cual es falso. El objetivo publicitario es -concluye- menoscabar el crédito y honestidad de los competidores, con una connotación despectiva, influyendo negativamente en los destinatarios sobre la actividad o prestaciones de los talleres o establecimientos cuyos intereses representan los gremios demandantes.

Invocaba por ello el art. 9 LCD (al que remite el art. 3.e de la LGP), por ser tales actos constitutivos de publicidad denigratoria, así como el art. 10, relativo a la publicidad comparativa, y el art. 5 LCD, que tipifica la deslealtad de los "actos de engaño".

**SEGUNDO. 4.** La sentencia rechazó el carácter denigratorio, bajo los parámetros de ilicitud que establece el art. 9 LCD, por no concurrir el esencial requisito de la aptitud de los mensajes publicitarios para menoscabar la reputación o el crédito de los competidores desde la percepción del círculo de destinatarios, que serían los usuarios de los talleres de reparación de vehículos.

Razona que, si bien los anuncios transmiten a los consumidores el mensaje de que "todos los talleres, excepto el del anunciante, te pueden pegar una clavada, es decir, todos los talleres de reparación de vehículos tienen sus precios altos y además sorpresivamente altos", no obstante, por el claro matiz paródico de los anuncios y la manera humorística de su realización, no es estimable que los destinatarios puedan tomar en serio el mensaje, en la medida necesaria para ser influidos en su comportamiento económico; el destinatario del anuncio -continúa razonando- no otorga seriedad o credibilidad a lo que se dice o hace en el anuncio, no lo toma en serio, careciendo de la credibilidad necesaria para menoscabar el crédito en el mercado, a lo que se añade que tales manifestaciones publicitarias no se refieren individualmente a ninguna empresa o persona en concreto. Por ello desestima la demanda, con imposición de las costas a la parte demandante.

5. Frente a este criterio, el recurso ofrece, en síntesis, los siguientes argumentos impugnatorios:

a) La sentencia configura erróneamente el concepto de "tercero" que menciona el art. 9 LCD, cuyo ámbito de aplicación no puede excluir los supuestos de publicidad denigratoria que no se proyectan de forma individualizada sino sobre un colectivo de operadores; no cabe exigir que la publicidad denigratoria sea dirigida por el agente contra un sujeto identificado y específico, excluyendo de la protección a los colectivos o sectores afectados.

La publicidad de la demandada -prosigue- no integra un supuesto de *publicidad comparativa* (que regula el art. 10 LCD, con el presupuesto de la "alusión explícita o implícita a un competidor"), sino del tipo denominado *publicidad genéricamente denigratoria*, de todos los demás competidores, a los que se atribuye una conducta abusiva frente al consumidor, y es de *tono excluyente* al transmitir el mensaje de que "los competidores engañan a los consumidores" y correlativamente "yo [Aurgi] soy el único que actúo honestamente en el mercado".

b) Indebida calificación de los anuncios como paródicos, caricaturescos o humorísticos y, por ello, incapaces para tener trascendencia en el mercado y aptitud para menoscabar la reputación o crédito de los competidores: no estamos -sostiene el recurso- ante un supuesto de **exageración publicitaria**, que habría de hacer referencia al producto del anunciante, exagerando sus bondades; el mensaje que transmiten los anuncios es "no vayas a ningún taller, excepto al de Aurgi, porque te clavan y tú no te enteras (te clavan por la espalda)", y es un mensaje falso, porque el consumidor, cuando acude a un taller, recibe por imperativo legal un presupuesto previo de toda reparación, que, oportunamente firmado, determina el inicio y desarrollo de los trabajos de reparación, de



modo que jamás se encuentra con facturas sorpresivas. Y es una publicidad que incide en la libre y consciente decisión del consumidor, al transmitir la idea de que los talleres de reparación de vehículos aplican de forma indiscriminada una facturación abusiva.

c) Inexactitud, inveracidad e impertinencia de los anuncios, porque es falso que los talleres operen engañando al consumidor, facturando abusivamente; es un descrédito innecesario, excesivo y desproporcionado para promocionar los propios precios.

#### *Apreciación del tribunal*

**TERCERO. 6.** Los anuncios publicitarios controvertidos transmiten explícitamente la idea o acción de "clavar", en su acepción coloquial de "cobrar algo más caro de lo que vale", o "perjudicar a alguien cobrándole más de lo justo" (Diccionario de la RAE), con referencia a las facturas de los talleres de reparación y venta de piezas de vehículos, que aplicarían un precio que finalmente sorprende al cliente (de ahí expresiones como "tú no te enteras" y la imagen del cliente con el "facturón" clavado en su espalda). Esta idea o concepto se escenifica en unos spots publicitarios de similar argumento e hilo conductor, lo que justifica su valoración y tratamiento conjunto, pues las variantes son circunstanciales, no fundamentales.

En ellos se muestra la situación de un cliente que efectiva y materialmente es "clavado", es decir, que recibe una factura abusiva o desproporcionada, o se advierte que puede recibirla si visita un taller (cuña radiofónica). Es relevante la constatación, pues nos parece evidente que así lo percibirá el *consumidor medio* (figura a la que haremos referencia más especificada), de que las manifestaciones publicitarias descritas están realizadas con un acusado tono humorístico, satírico (en cuanto crítica aguda a costumbres o vicios), paródico y exagerado (la exageración radica en la absurda situación material que muestran los anuncios: el cliente con la llave inglesa o las banderillas clavadas en la espalda con la leyenda "facturón"), e ilustran una situación ficticia o hipotética, al no aludir explícita ni implícitamente a una empresa o establecimiento determinado. Tal escenografía sirve de recurso a la empresa anunciante para promocionar sus establecimientos y precios, que, en contraste con el "facturón", se ofertarían como competitivos.

**7.** No cabe, en efecto (como admiten las apelantes), someter los anuncios controvertidos al tratamiento de la publicidad comparativa, caracterizada conceptualmente por el art. 10 LCD (de acuerdo con la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, en la versión modificada por la Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997) por el presupuesto de la *"alusión explícita o implícita a un competidor"* (*"o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor"*, añade la Directiva), lo que exige, según ha declarado el TJCE en Sentencia de 19 de abril de 2007 (asunto C- 381/05, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne*), que la publicidad permita a los consumidores *"identificar, explícita o implícitamente, a una o varias empresas determinadas o los bienes o servicios que éstas suministran, por el hecho de que dicha publicidad aluda concretamente a ellos"* (apartado 22 de la fundamentación). Tal y como se desprende del artículo 2, punto 2 bis, de la Directiva -dice la Sentencia en el apartado 27-, *"lo característico del concepto de publicidad comparativa consiste en la identificación de un «competidor» del anunciante o de los bienes y servicios que ofrece tal competidor"*.

Esta Sentencia responde a la cuestión prejudicial de si cabe considerar publicidad comparativa la referencia, en un mensaje publicitario, a un tipo de productos y no a una empresa o un producto determinados. Precisa el TJCE que si el mensaje publicitario alude a *"un tipo de productos y no a una empresa o a un producto determinados"*, podrá considerarse publicidad comparativa *"siempre y cuando sea posible identificar dicha empresa o los productos que ésta ofrece porque dicho mensaje aluda concretamente a ellos"* (ap. 24). En otro caso, si la publicidad hace referencia genérica a un tipo de productos sin identificar a un competidor o los bienes ofrecidos por éste, no está incluida en el ámbito de la publicidad comparativa (ap. 53), y los requisitos de legalidad de semejante publicidad deberán apreciarse atendiendo a otras disposiciones del Derecho nacional o, en su caso, del Derecho comunitario como, en particular, la Directiva sobre publicidad engañosa (ap. 54), y *"tal apreciación deberá basarse necesariamente en criterios distintos de los relativos a la licitud de la publicidad comparativa, sin que proceda tener en cuenta la existencia de diferentes niveles de protección de los consumidores o de las empresas competidoras que ello pudiera implicar"* (ap. 55), es decir (como expresa la parte dispositiva de esta sentencia), *"con independencia de que ello pueda implicar una protección inferior del consumidor o de las empresas competidoras"*.

**8.** Es coherente con esa razón la Sentencia del TS de 24 de febrero de 1997 (asunto Coca-Cola / Pepsi-Cola) al rechazar el tratamiento de la publicidad comparativa en el caso que examina, por no identificarse claramente a un competidor: *"la publicidad además no es comparativa, porque no identifica la marca de la competencia, ni explícita ni implícitamente, porque ni la nombra ni puede darse por aludida la actora..."*, y añade otro argumento que también es adecuado en el presente litigio: *"e stá perfectamente valorado el carácter del anuncio como exagerado, ingenuo e inverosímil..."*.



9. En un caso como el presente, en el que no hay alusión explícita o implícita a un competidor o a competidores concretos, sino una ofensa (si es que la hubiere) genérica, ya que el reproche a los mensajes publicitarios radica en su alegado carácter denigratorio u ofensivo a todo un colectivo de agentes económicos, la posible protección legal habrá de reconducirse, en nuestro ordenamiento, hacia la tipificación de la conducta denigratoria, en el art. 9 LCD, o, si fuera el caso, a la órbita de la publicidad engañosa (que no podemos entender ajeno a la causa de pedir que expone la demanda).

10. Desde esta perspectiva, no apreciamos que los anuncios publicitarios integren un supuesto de publicidad engañosa, en alguna de las modalidades que describe la LCD (arts. 5, 7, 21, 22, 23, 25, y otros complementarios). El engaño sería producido, según se desprende de la causa de pedir, por el mensaje explícito de que *"todos los talleres te clavan"*, es decir, todos los establecimientos (excepto el de la demandada) incurren en la práctica de facturar precios injustos o abusivos.

El juicio que consideramos razonable es que el consumidor medio *"normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz"*, que es el patrón a considerar como destinatario de la publicidad (apartado 23 de la citada STJCE, y las que cita: Sentencias Pippig Augenoptik, TJCE 2003, 99, apartado 55, y S. de 19 de septiembre de 2006, TJCE 2006, 259, Lidl Belgium, C-356/04, apartado 78), al escuchar o visionar los anuncios, no se representa la idea de que todos los establecimientos del sector, por sistema, aplican precios desproporcionados, sino la hipótesis de que un taller incurra en esta práctica, o la simple posibilidad de ser sujeto pasivo de la misma, dado el carácter ficticio y humorístico del anuncio. Además, el consumidor recibirá este mensaje con prevenciones y escepticismo ya que, al ser conocedor de las prácticas y normas del sector (pues el modelo a considerar es el consumidor medio poseedor de aquellas cualidades, que en este caso es usuario, con cierta experiencia, de los talleres de reparación de vehículos), sabe que previamente se le va a presentar un presupuesto, o que debe o puede pedirlo (como manifiesta la parte actora). En todo caso, el recurso al humor y a la exageración determina una percepción descreída en el consumidor o usuario informado, que no tomará en serio la situación que describen los anuncios, sino como una ficción de la que se sirve la empresa anunciante para promocionar sus productos y precios.

Este modelo de usuario o consumidor, al que se atribuyen esas notas que desterran la idea de un expectador desinformado, ignorante de las prácticas comerciales e ingenuo, no ha de percibir un tono excluyente de carácter engañoso en mensajes publicitarios del tipo *"Aurgi es el único establecimiento que no te clava y que aplica precios justos y competitivos"*, que explícitamente no se comunica en los anuncios, sino una oferta de precios concretos de determinados productos que se vale de escenas ficticias y humorísticas para representar la hipótesis de un consumidor que es o puede ser víctima de precios abusivos. Desde esta percepción, que es la que creemos ajustada al usuario medio, los anuncios no han de alterar su comportamiento económico, en el mercado, a la hora de recabar los servicios o productos de este tipo de establecimientos; a lo más, podrá considerar que debe estar atento a los precios cuando acuda a un taller, o incluso considerar los que oferta la empresa anunciante, mas no tomará en serio la idea de que todos los talleres incurren en el abuso de precios.

**CUARTO. 11.** Estas consideraciones son válidas también para enjuiciar los anuncios controvertidos desde la perspectiva de las conductas denigratorias, conforme al art. 9 LCD, que dispone que: *"Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes"*.

Si tales conductas se realizan mediante publicidad, podemos considerar como orientador el concepto de publicidad desleal que recogía el art. 6.a) de la Ley General de Publicidad, derogado por la Ley de reforma 29/2009: *"Es publicidad desleal: a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos"*.

En uno y otro marco normativo es requisito primordial para que pueda apreciarse el carácter ilícito de la publicidad, en la modalidad denigratoria, la aptitud de la comunicación publicitaria para *"menoscabar el crédito en el mercado de un tercero"*, comprendiendo el *"descrédito o menosprecio, directo o indirecto"*.

12. El sistema de libre competencia, basado en la regla de la eficiencia de las propias prestaciones, exige proteger al competidor ante conductas que obstaculicen de modo inadmisiblesu actividad y lesionen el prestigio ganado con ella, y al fin y sobre todo al consumidor, ante el empleo de una influencia inaceptable en su decisión de mercado. Por más que esta conducta prohibida pueda contribuir a la protección de la reputación del agente económico, no debe olvidarse que el bien jurídico protegido no es la reputación en sí misma considerada, sino la competencia económica. Aquélla se protege en la medida que sea necesario para asegurar la racional formación de las preferencias y toma de decisiones de mercado por parte de los consumidores, y demás partícipes.



**13.** La conducta ilícita que tipifica el art. 9 LCD se consume con la mera emisión, difusión o divulgación de manifestaciones inexactas e impertinentes (en consideración a las circunstancias, a la participación en el mercado de los afectados y a la adopción, por el destinatario, de conscientes decisiones en el mercado), sobre las prestaciones, el establecimiento o relaciones mercantiles de "un tercero", siempre que sean aptas o adecuadas, objetivamente, cualquiera que sea el propósito que anime al autor, para menoscabar el crédito del tercero en el mercado, esto es, para lesionar la reputación o prestigio *en el mercado* de un operador o persona que participa en él.

La valoración de la aptitud de las manifestaciones (aquí mediante publicidad) para menoscabar el crédito en el mercado, ha de estar presidida por la impresión que en su conjunto, considerando todas las circunstancias relevantes, causan en los destinatarios. Esa calificación se ha de efectuar sin descomponer o separar las distintas partes del anuncio publicitario, para dotarlas de una autonomía de la que carezcan, y se han de descartar criterios estrictamente literales o gramaticales, para atender, como se ha dicho, al significado que el público destinatario le atribuya, en función de su idoneidad para alterar el comportamiento económico del consumidor medio al que se dirige. De igual manera, el art. 5 LCD (tras la Ley 29/2009, que tipifica los actos de engaño) exige que la conducta sea susceptible de alterar el comportamiento económico de los destinatarios, lo que también es exigible en el ámbito del art. 9 LCD, porque de otro modo carecería de trascendencia en el mercado.

Si ha de ser apta para menoscabar el crédito en el mercado (es decir, que constituya una ofensa objetiva con relevancia en el mercado), la valoración deberá hacerse teniendo en cuenta el conjunto del mensaje y cómo es percibido por el consumidor medio, de tal forma que no comprende las lesiones u ofensas que no rebasan el ámbito interno de la autoestima del afectado.

**14.** En consecuencia, cobra relevancia el factor de la "credibilidad" por parte del destinatario de la publicidad: la deslealtad del comportamiento se ha de condicionar a criterios de verosimilitud y atendibilidad de las manifestaciones por parte del sujeto destinatario, esto es, a la idoneidad de la manifestación publicitaria para ser razonablemente creíble por el círculo de destinatarios efectivos del acto considerado, atendidos los usos sociales y económicos del momento y lugar. Esta exigencia (como, en sustancia, valora la sentencia apelada) implica considerar si los consumidores toman en serio el mensaje, de tal modo que puedan sentirse influidos en sus preferencias.

**15.** En este caso, en consonancia con lo expuesto desde el enfoque de la publicidad engañosa, no apreciamos (aunque con serias dudas, que influirán en materia de costas procesales) que los anuncios tengan aptitud para producir un menoscabo del crédito en el mercado, o un desprestigio en el mercado, de un tercero, incluso si se considerara que la norma permite superar la concreta identificación de un operador y comprender a todos los operadores de un sector. La razón es la que apunta la sentencia apelada: el carácter humorístico y exagerado (hasta el absurdo) de los anuncios excluyen que el consumidor medio pueda tomar en serio el mensaje de que todos los establecimientos de reparación de automóviles y venta de piezas incurran en la práctica de aplicar precios abusivos y por sorpresa (*"todos los talleres te clavan"*, sería el potencial o posible mensaje a percibir por el usuario medio). Aquellos caracteres, por el contrario, han de provocar en el destinatario una reacción acorde con el humor y caricatura que pretenden transmitir los anuncios, y que se represente una ficción, es decir, una hipótesis (la de precios abusivos, genéricamente), lo que, de otro lado, aleja el establecimiento en la mente del consumidor de una referencia explícita o implícita a cualquier operador del sector.

No debe pasarse por alto que al aludir el precepto a "un tercero", como sujeto pasivo de las manifestaciones de descrédito, está exigiendo (al igual que en la publicidad comparativa) que el público destinatario pueda, en función de las circunstancias concurrentes y datos que ofrezca el mensaje publicitario, que el público pueda identificar a un determinado operador económico, o a varios identificables. Pero los anuncios carecen de esa aptitud, y en un sector con numerosísimos operadores, y no unos pocos, no parece razonable extender la noción de "tercero", en cuanto sujeto pasivo del descrédito, a una generalidad; sino sólo el caso de que puedan entenderse aludidos individualmente determinados competidores, explícita o implícitamente.

**16.** El recurso cita, como precedente jurisprudencial a tener en consideración, la STS de 22 de febrero de 2006, pero apreciamos que no es trasladable aquí el criterio acogido en esta Sentencia.

En ella se analiza el carácter ilícito, en el marco de la publicidad comparativa denigratoria, del texto publicitario *"en fragancias y perfumes el nuevo Corte se queda corto... ante el gran recorte de siempre de Perfumerías Cañellas..."*.

La STS aborda el enjuiciamiento desde el art. 9 LCD como publicidad denigratoria, en íntima conexión con el tipo del art. 10.2 LCD, relativo a la publicidad comparativa, y valora que dicho mensaje publicitario en atención a las circunstancias, contiene una referencia inequívoca a una competidora de la anunciante (El Corte Inglés, que acababa de abrir un nuevo establecimiento en la ciudad en la que operaba la empresa anunciante), *"en términos*



*tales que sus destinatarios no podían sino identificarla de modo nítido" ; y que en dicho mensaje se establece una comparación entre la oferta de la anunciante ( «ante el gran recorte de siempre en Perfumerías Cañellas» ) y la de la competidora ( «se queda corto» ), "con la finalidad de destacar que los precios de unos productos eran mejores para los consumidores que los de los de los otros" , lo cual la sentencia considera no demostrado, y constituye "un juicio de valor apto para desprestigiar la actividad comercial de la competidora, innecesario al fin de establecer una comparación útil o tolerable para el buen funcionamiento del sistema concurrencial" .*

Pero en este caso no hay alusión explícita ni implícita a un determinado competidor o tercero, ni propiamente comparación de precios o de ofertas. Lo que hay, reiteramos, es la exposición en términos humorísticos y exagerados de un consumidor que recibe una factura abusiva y por sorpresa, sin que se minusvaloren las prestaciones o precios de ningún establecimiento identificable.

**QUINTO. 17.** El recurso impugna también el pronunciamiento sobre las costas procesales, al imponerlas la sentencia sin considerar la existencia de dudas de hecho.

En este punto ya hemos adelantado la objetiva presencia de dudas de hecho en torno a la aptitud de los anuncios para lesionar el crédito en el mercado de los competidores, que procedería de la percepción de un mensaje del tipo "todos los talleres te clavan" o aplican precios abusivos, y en torno al carácter engañoso de la publicidad examinada. Son también estimables dudas de derecho acerca de la extensión del tipo de publicidad denigratoria a todo un colectivo.

Por ello, no se imponen las costas en ninguna de las dos instancias ( art. 394.1 y 398.1 LEC ).

Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes y demás de pertinente aplicación

## FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de GREMIO DE TALLERES DE REPARACION DE AUTOMÓVILES y GREMIO DE VENDEDORES DE VEHÍCULOS DE MOTOR DE BARCELONA Y PROVINCIA contra la sentencia dictada en fecha 6 de septiembre de 2011 , que confirmamos, salvo en el pronunciamiento relativo a las costas procesales, que no imponemos a ninguna de las partes en ninguna de las dos instancias.

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 los 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.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha por el Ilmo. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.