



Roj: **SAP M 17861/2016 - ECLI: ES:APM:2016:17861**

Id Cendoj: **28079370282016100369**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **28/11/2016**

Nº de Recurso: **461/2014**

Nº de Resolución: **417/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0134309

ROLLO DE APELACIÓN: 461/14

Materia: **Publicidad** y competencia desleal

Procedimiento de origen: 215/2012

Órgano de procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid

Parte apelante: LABORATORIO LUCAS NICOLAS S.L. (VITALDENT)

Procurador: D. Rafael Silva López

Letrado: D. Miguel Martín García-Casado

Parte apelada e impugnante: ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE ODONTOLOGOS Y ESTOMATOLOGOS DE LA PRIMERA REGIÓN.

Procurador: D. Francisco Abajo Abril

Letrado: D. Daniel Sáez Castro

Parte apelada : CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE ODONTOLOGOS Y ESTOMATOLOGOS DE ESPAÑA.

Procurador: Dña. María Jesús González Díez

Letrado: D. José María Buxeda Maisterra

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

SENTENCIA NÚM. 417/2016

En Madrid, a 28 de noviembre de 2016.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA, D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ y



D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 461/2014, los autos del procedimiento ordinario nº 215/2012, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, el cual fue promovido por ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE LA PRIMERA REGIÓN y CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE ESPAÑA contra LABORATORIO LUCAS NICOLAS S.L. (VITALDENT), siendo objeto del mismo acciones en materia de **publicidad** y competencia desleal.

Han sido partes en el recurso como apelante, LABORATORIO LUCAS NICOLAS S.L. (VITALDENT) y como apeladas ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE LA PRIMERA REGIÓN, que además impugnó la sentencia y CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE ESPAÑA todos ellos representados y defendidos por los profesionales indicados en el encabezamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 30 de abril de 2012 por la representación del ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE LA PRIMERA REGIÓN contra LABORATORIO LUCAS NICOLAS S.L. (VITALDENT), en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:

"a) Ordenar a CLÍNICAS VITALDENT a cesar de inmediato, de forma provisional, cualquier acto de difusión de la campaña publicitaria denunciada por todos los medios y en todos los soportes publicitarios (televisión, prensa, radio, Internet, vallas publicitarias y folletos impresos y cualquier otro) y a retirar del tráfico económico, provisional e inmediatamente, cualquier elemento en el que la misma se plasme, incluyendo la suspensión del acceso a los existentes de YouTube, Vimeo o cualesquiera otras páginas web. Asimismo, para el caso de que se hubiera cesado, ordenar a CLÍNICAS VITALDENT a abstenerse de redifundir por cualquier medio la referida campaña.

b) Ordenar provisionalmente a CLÍNICAS VITALDENT a que se abstengan de realizar cualquier clase de **publicidad** de contenido análogo y atentatorio contra los intereses de mi mandante.

SEGUNDO.- En fecha 7 de noviembre de 2012 se acordó la acumulación del juicio ordinario 356/2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, cuya demanda se formuló por CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE ESPAÑA contra LABORATORIO LUCAS NICOLAS S.L. (VITALDENT), cuyo suplico es el siguiente:

"1) declare que los anuncios publicitarios de la campaña emitida por la demandada "Haz las paces con el dentista" y la afirmación "[recupera] *la funcionalidad y estética de tu boca en un solo día* " contenida en los mismos constituye un acto de competencia desleal;

2) condene a la demandada a cesar inmediatamente, con carácter definitivo, la emisión en cualquier medio de los anuncios publicitarios que forman parte de la campaña "Haz las paces con el dentista";

3) prohíba a la demandada la difusión de los anuncios de la campaña "Haz las paces con el dentista" así como la inclusión de la afirmación "[recupera] *la funcionalidad y estética de tu boca en un solo día* " referida a los implantes dentales en cualquier medio, incluyendo entre otros, en televisión y en su página web;

4) condene a la entidad demandada a la publicación, a su costa, de la sentencia que se dicte en este procedimiento en dos periódicos de ámbito nacional; y

5) condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas."

TERCERO.- La parte demandada presentó en tiempo y forma sendos escritos de contestación a la demanda, en el que se opuso a las pretensiones formuladas de contrario.

CUARTO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid dictó sentencia, con fecha 31 de marzo de 2014, cuyo fallo era el siguiente:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por EL ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE LA PRIMERA REGIÓN y EL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE ESPAÑA, contra la mercantil LABORATORIO LUCAS NICOLÁS, S.L. (CLÍNICAS VITALDENT):

DECLARO QUE la **publicidad** difundida por LABORATORIO LUCAS NICOLÁS, S.L. (CLÍNICAS VITALDENT), **exclusivamente referida al lema publicitario "empleamos lo último en tecnología de implantología para que**

recuperes toda la funcionalidad y estética de tu boca en un solo día" , es ilícita como acto de competencia desleal por cuanto engañosa.

Condeno a LABORATORIO LUCAS NICOLÁS, S.L. (CLÍNICAS VITALDENT) a estar y pasar por tal declaración

Condeno a LABORATORIO LUCAS NICOLÁS, S.L. (CLÍNICAS VITALDENT) a cesar de forma inmediata cualquier acto de difusión de aquélla parte de la campaña publicitaria "HAZ LAS PACES CON TU DENTISTA", EXCLUSIVAMENTE REFERIDA AL LEMA PUBLICITARIO "empleamos lo último en tecnología de implantología para que recuperes toda la funcionalidad y estética de tu boca en un solo día", por todos los medios y en todos los soportes publicitarios (televisión, prensa, radio, internet, vallas publicitarias, y folletos impresos y cualquier otro), absteniéndose de reiterar en el futuro la difusión de cualquiera otro anuncio que contenga mensaje publicitario idéntico o similar al descrito lema publicitario "empleamos lo último en tecnología de implantología para que recuperes toda la funcionalidad y estética de tu boca en un solo día".

Condeno a LABORATORIO LUCAS NICOLÁS, S.L. (CLÍNICAS VITALDENT) a RETIRAR INMEDIATAMENTE del tráfico económico cualquier elemento en que el referido lema publicitario "empleamos lo último en tecnología de implantología para que recuperes toda la funcionalidad y estética de tu boca en un solo día", se plasme o referencia, incluyendo la retirada o inhabilitación de acceso a vídeos que contengan spots en Internet a través de páginas web tales como Youtube y Vimeo y cualesquiera otras; siempre y cuando no haya óbice técnico.

Condeno a LABORATORIO LUCAS NICOLÁS, S.L. (CLÍNICAS VITALDENT) a publicar anuncios en dos diarios de difusión nacional en que explícitamente conste que el LEMA PUBLICITARIO "empleamos lo último en tecnología de implantología para que recuperes toda la funcionalidad y estética de tu boca en un solo día", ha sido declarado por sentencia de la fecha ilícito por cuanto resulta engañoso.

SE DESESTIMAN LAS DEMÁS PRETENSIONES FORMULADAS POR LAS ACTORAS.

NO HA LUGAR A imponer las costas a ninguna de las partes."

QUINTO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de LABORATORIO LUCAS NICOLAS S.L. (VITALDENT) se interpuso recurso de apelación que fue admitido y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por las contrapartes. El ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE ODONTOLOGOS Y ESTOMATOLOGOS DE LA PRIMERA REGIÓN impugnó asimismo la sentencia, a lo que se opuso la apelante.

SEXTO.- Recibidos los autos en fecha 22 de septiembre de 2014 se procedió a la formación del presente rollo ante esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

Se han personado en esta alzada tanto la parte apelante como las partes apeladas.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 24 de noviembre de 2016.

SÉPTIMO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA, que expresa el parecer del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: DESARROLLO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA.-

1.- El ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE ODONTOLOGOS Y ESTOMATOLOGOS DE LA PRIMERA REGIÓN (en adelante COLEGIO DE LA PRIMERA REGIÓN) y CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE ODONTOLOGOS Y ESTOMATOLOGOS DE ESPAÑA (en adelante CONSEJO GENERAL) formularon demanda contra LABORATORIO LUCAS NICOLAS S.L. (VITALDENT), en adelante VITALDENT, en ejercicio de las acciones declarativa de ilicitud y deslealtad de **publicidad**, cesación, remoción de efectos y publicación de sentencia, en relación con la campaña denominada "haz las paces con tu dentista", compuesta de cuatro spots televisivos, vallas publicitarias, folletos e internet.

2.- La sentencia de instancia consideró engañosa la **publicidad** impugnada en relación al eslogan "y por eso empleamos lo último en tecnología para que recuperes la funcionalidad y estética de tu boca en un solo día".

3.- Sin embargo, la juez "a quo" desestimó la acción en relación a la denunciada **publicidad** denigratoria y discriminatoria, pues no consideró que los anuncios en cuestión vulneren los valores y derechos constitucionales de dentistas no integrados en la red VITALDENT, especialmente los de edad avanzada y extranjeros.

4.- VITALDENT apeló la sentencia en lo referente a la declaración de la **publicidad** como engañosa. El COLEGIO DE LA PRIMERA REGIÓN se opuso e impugnó la sentencia para que también se estimara la demanda en relación a la **publicidad** denigratoria y discriminatoria. El CONSEJO GENERAL se opuso al recurso formulado por VITALDENT sin impugnar la sentencia.

SEGUNDO: HECHOS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO.-

5.- Desde el día 16 de enero de 2012 se emitieron en diversos medios televisivos varios spots televisivos que integran una campaña publicitaria promovida por VITALDENT bajo el lema "haz las paces con tu dentista".

6.- Los spots televisivos se acompañan de otros anuncios en vallas publicitarias, folletos, en el canal YouTube de internet y en la página web de VITALDENT.

7.- En uno de los anuncios se presenta a un dentista anciano, que comienza indicando "si le duele algo, levante la mano"... A continuación, el paciente abandona la consulta diciendo "no eres tú", "soy yo...", "podemos seguir siendo amigos". El anuncio concluye diciendo que VITALDENT ofrece "el mejor tratamiento integral" y "la última tecnología".

8.- En otro anuncio, un dentista con acento indefinido manifiesta "así que,... otro implante, ¿verdad? ¿dónde lo habíamos dejado? "Ahh, si...", "cuando tenía cinco años acompañé a mi padre a la ciudad, todavía me acuerdo de la impresión que me causó, pero...". Seguidamente se dice "en VITALDENT sabemos que tu tiempo es importante" y "por eso empleamos lo último en tecnología de implantología, para que recuperes toda la funcionalidad y estética de tu boca en un solo día".

9.- En el tercer anuncio se dramatiza una escena en la que una persona, con cierto acento sudamericano, indica, mientras atiende a un menor, lo siguiente: "hay que realizar una exodoncia del primer premolar superior izquierdo e inferior derecho para compensar una extracción asimétrica del tratamiento anterior". Seguidamente, la madre del paciente señala "la comunicación se ha roto" "me voy y me llevo al niño".... En la escena final se entra en una clínica VITALDENT con una voz en off, expresando que "además de contar con los tratamientos de ortodoncia más avanzados" "te hablamos claro".

10.- En el cuarto anuncio aparece una señora en la consulta del dentista, que sale diciendo "me voy, estoy harta de que no tengas detalles conmigo" y seguidamente se oye "con la nueva tarjeta VEN, disfrutarás de muchas ventajas para toda la familia", "VITALDENT, haz las paces con el dentista"

11.- En una cuña publicitaria de VITALDENT, de la cadena televisiva TELECINCO, se escucha al paciente de una clínica diciendo "me voy, me es imposible quedarme" y seguidamente "en VITALDENT te lo ponemos fácil" para a continuación explicar la posibilidad de solicitar cita por internet.

TERCERO: NULIDAD DE ACTUACIONES.-

12.- VITALDENT postula la nulidad de las actuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 225.3 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (en adelante LEC) y 238.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), por haberse prescindido de las normas esenciales del procedimiento, cuando se haya producido indefensión.

13.- VITALDENT sostiene la nulidad porque en primera instancia se admitieron como pruebas periciales los informes de don Julián y de don Mario , aportados como documentos 5 y 6 de la demanda del CONSEJO GENERAL y se acordó su declaración como peritos en el acto del juicio.

14.- Señala VITALDENT que tales informes son artículos de difusión general, pero no son informes hechos "ad hoc" para el procedimiento. Se trata de copias de dichos artículos cuyos autores no fueron designados como peritos.

15.- En la demanda del CONSEJO GENERAL se calificaron los documentos 5 y 6 como informes técnicos y responden al concepto de dictamen pericial que se deriva de lo dispuesto en el artículo 335 LEC , entendiéndose por tal aquél que aporta conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar los hechos o circunstancias relevantes en el asunto.

16.- Tal y como advirtió la juez "a quo", tales documentos no contenían el preceptivo juramento o promesa a que se refiere el artículo 335.2 LEC ., si bien esta cuestión fue subsanada en el acto del juicio por el perito que compareció, el Sr. Julián .

17.- La Sala comparte el criterio mantenido por gran parte de Audiencias Provinciales sobre la posibilidad de subsanar el requisito de falta de juramento o promesa de los peritos. Al respecto cabe citar la sentencia de esta Audiencia Provincial de Madrid, sección 14ª, de 27 de julio de 2010 , que hace mención a otras de esta misma Audiencia Provincial, Sección 21ª de 7 de febrero de 2006 ; Sección 12ª, de 28 de junio de 2006 ; Sección



10ª, de 23 de diciembre de 2008 o Sección 13ª de 13 de enero de 2009 . En el mismo sentido cabe citar los Acuerdos de Unificación de Criterios del Orden Civil de la Audiencia Provincial de Madrid en la actualización de octubre de 2011.

18.- En vista de la presentación de los informes técnicos junto con la demanda del COLEGIO GENERAL, la juez "a quo" consideró oportuna la intervención de los peritos en la vista, conforme dispone el artículo 347 LEC ., por tratarse de una prueba pertinente y útil.

19.- A la luz de lo anteriormente indicado, esta Sala considera que la declaración de los peritos en la vista no fue una petición intempestiva y la misma resultaba efectivamente pertinente y útil, dada la íntima conexión de las cuestiones técnicas abordadas por los peritos con el objeto del procedimiento.

20.- En cualquier caso, compartimos con los apelados que la estimación o desestimación de una prueba por el juzgador de instancia no puede dar lugar a la nulidad de actuaciones por vulneración de las normas esenciales del procedimiento generadoras de indefensión.

21.- La estimación o desestimación de la prueba se acuerda en resolución motivada del juzgador y la misma es susceptible de recurso de reposición y protesta, conforme dispone el artículo 285 LEC . Por su parte, la Sala de apelación, al revisar la resolución impugnada puede revisar también la procedencia de la admisión y práctica de determinada prueba y extraer las consecuencias que procedan en torno a su valoración. En consecuencia, ningún atisbo de indefensión se produce.

22.- VITALVENT también articula otro motivo de nulidad de actuaciones, que se sustenta en los mismos preceptos ya indicados, por no haber sido admitido el interrogatorio de los representantes de las entidades actoras.

23.- Este motivo de nulidad tampoco puede ser atendido. Al respecto cabe citar una constante doctrina jurisprudencial, de la que es exponente la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2014 , entre otras muchas.

24.- La citada sentencia del Tribunal Supremo señala que la indebida denegación de pruebas en primera instancia no da lugar a la nulidad de actuaciones porque la propia normativa procesal prevé el modo en que debe ser remediada, lo que es expresión, en el campo procesal, del principio general que recoge el art. 6.3 del Código Civil de que la nulidad por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva solo procede cuando la legislación no prevé un efecto distinto para el caso de contravención.

25.- El art. 460.2.1º LEC prevé que el apelante puede pedir en el escrito de interposición del recurso la práctica en segunda instancia de las pruebas que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia.

26.- En el caso de que la proposición se justifique en que las pruebas han sido denegadas en la primera instancia, no solo se exige que esa denegación haya sido indebida, esto es, injustificada desde el punto de vista legal porque la prueba denegada era pertinente y relevante y había sido propuesta cumpliendo los requisitos legales, sino que además se haya intentado la reposición de la resolución denegatoria, o, si no cabía interponer recurso de reposición, se hubiera formulado la oportuna protesta en la vista.

27.- En consecuencia, ninguna indefensión puede invocar quien ve denegada su petición de prueba en primera instancia y no cumple los requisitos procesalmente establecidos para la proposición y practica de dicha prueba en segunda instancia.

CUARTO: PUBLICIDAD ENGAÑOSA.-

28.- La sentencia de instancia considera que el eslogan publicitario "por eso empleamos lo último en tecnología de implantología, para que recuperes toda la funcionalidad y estética de tu boca en un solo día" es **publicidad engañosa** en el sentido a que se refiere el artículo 3 e) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de **Publicidad** (en adelante LGP) en relación con el artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD)

29.- La juez "a quo" considera que la valoración conjunta de las periciales practicadas y los testimonios de los testigos-peritos conducen a la conclusión de que todos ellos consideran que no es posible efectuar la implantología en un solo día, con la salvedad de don Vicente .

30.- Asimismo, la juzgadora de instancia entiende que no ha quedado acreditado que VITALDENT haya prestado el servicio de realización de un implante en un solo día.

31.- Frente a tales conclusiones VITALDENT mantiene que el tratamiento ofertado no es propio de dicha compañía, sino que se trata de una técnica quirúrgica denominada de carga o función inmediata. Esta técnica es una evolución de la denominada "all on four", que se encuentra en el folleto del fabricante Nobel Biocare.



- La ventaja de esta técnica consiste en que una vez insertado el implante dentro del lecho óseo, se coloca la prótesis en una tiempo inferior a las 24 horas (informe pericial de don Vicente).
- 32.- VITALDENT mantiene que la valoración de la prueba testifical-pericial y pericial conduce a la conclusión de que sí es posible realizar el tratamiento ofertado el mismo día, a pesar de que algún autor considere que no es recomendable (página 13 del recurso)
- 33.- Para justificar este aserto, VITALDENT introduce una variación importante a su planteamiento inicial, pues en el recurso se indica que la recuperación de la funcionalidad y estética de la dentadura se recupera con la colocación de una prótesis provisional. Al respecto puntualiza que en ningún momento la **publicidad** cuestionada hablaba de la colocación de prótesis provisionales o definitivas. (página 14 del recurso)
- 34.- Esta distinción entre prótesis provisional y definitiva, así como el análisis de lo que el consumidor medio podría interpretar al respecto con la lectura del eslogan publicitario cuestionado no quedó planteada en esos términos en la fase alegatoria del proceso. Por este motivo el COLEGIO DE LA PRIMERA REGIÓN solicita que sea considerado una cuestión nueva.
- 35.- En efecto, se trata de un planteamiento novedoso, que debió formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba (es decir, en la fase de alegaciones de la primera instancia, donde han de delimitarse los términos del debate que constituye el objeto del proceso - artículos 399 , 400 , 412 y 426 de la LEC). La prohibición de la mutación de la pretensión (mutatio libeli) tiene como fundamento histórico la proscripción de la indefensión (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1997 y 12 de marzo de 2008 u 8 de junio de 2016 , entre otras muchas).
- 36.- Sea como fuere, este planteamiento de VITALDENT no resulta convincente si tenemos en cuenta el criterio que hemos mantenido en anteriores ocasiones, en sentencias de esta Sección 28ª de la Audiencia Provincial del Madrid de 6 de mayo de 2011 , con arreglo al cual, no resulta necesario, para calificar el supuesto de **publicidad** engañosa, que la información suministrada sea inexacta o inveraz, toda vez que también partiendo de datos verídicos puede inducirse a error.
- 37.- La **publicidad** es también engañosa si silencian datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios publicitados, cuando dicha omisión induzca a error a sus destinatarios. Se habla, así, usualmente, de **publicidad** engañosa en forma positiva y de **publicidad** engañosa en forma negativa, para hacer referencia, respectivamente, a las situaciones en que el error del destinatario viene inducido por la información suministrada y aquellas otras en que el error proviene de la información que no se suministra.
- 38.- El artículo 5 LCD acoge claramente esta modalidad de engaño por omisión al considerar desleal no solo la conducta que contenga información falsa sino también aquella que contiene información veraz, pero que por su contenido o presentación, induzca o pueda inducir a error a los destinatarios.
- 39.- Este precepto responde al criterio establecido en el artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo , a cuyo tenor " 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".
- 40.- En cualquier caso, la aptitud para inducir a error del mensaje publicitario cuestionado ha de ser apreciada en relación con el consumidor tipo, entendiendo por tal, según caracterización común, el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, concepto este que aún puede aquilatarse más, siguiendo el criterio positivizado en 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 del mercado interior, como "consumidor medio al que afecte o se dirija la práctica" y como "miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores".
- 41.- El análisis de si la **publicidad** desborda la frontera de lo lícito para merecer el calificativo de engañosa exige examinar el anuncio en su conjunto, sin descomponerlo en partes, situándolo en el contexto social, económico y cultural al que se dirige la promoción publicitaria y teniendo en cuenta el punto de vista del destinatario, entendido como consumidor medio, que es aquél normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (como lo define la jurisprudencia europea en materia de competencia desleal y de **publicidad**, a partir de la sentencia del TJCE de 16 de julio de 1998)
- 42.- El hecho de que VITALDENT no especificara en su **publicidad** que la prótesis a implantar iba a ser provisional no puede convertirse en un argumento exoneratorio de su conducta, porque precisamente lo



que cabe imputar al anunciante es no haberlo especificado, siendo un aspecto muy relevante para que el consumidor medio pudiera entender mínimamente el tratamiento ofertado.

43.- Esta especificación era importante para que el consumidor pudiera adquirir un correcto conocimiento, siquiera fuera en términos generales, de lo que se puede realizar en un día. Este aspecto temporal de un día, fue el eje del mensaje publicitario. De ahí la importancia de la especificación.

44.- Lo que está claro es que no es posible colocar una prótesis definitiva en un solo día, pues así se desprende de las periciales y de los testigos-peritos que han declarado, y lo viene a reconocer ahora VITALDENT. El mensaje publicitario impugnado, sin embargo, resulta claramente confuso sobre este extremo tan relevante y en consecuencia, hemos de considerarlo engañoso. No es necesario para ello acreditar que el engaño se haya producido de modo efectivo en todos o en un grupo significativo de consumidores. Basta la mera potencialidad de que tal engaño pueda afectar al comportamiento económico de los consumidores, tal y como ha remarcado la jurisprudencia (STS de 25 de abril de 2006)

45.- Aparte de esta cuestión tan relevante, parece también incuestionable que la primera visita no puede ser la de la intervención quirúrgica para la implantación de la prótesis provisional. Son necesarias visitas previas para tomar medidas y obtener moldes, tal y como manifestó el testigo-perito don Gonzalo . El perito Julián también resaltó la necesidad de hacer estudios previos y en el mismo sentido se pronunció don Mateo .

46.- Tampoco es una cuestión acreditada que la funcionalidad se adquiera de un modo completo el día de la intervención quirúrgica y así lo aseveró el testigo perito Sr. Gonzalo y el perito don Julián .

47.- VITALDENT combate asimismo el pronunciamiento de la sentencia que considera no acreditado que esta empresa haya utilizado esta técnica de carga inmediata de modo efectivo. A tal efecto invoca la declaración de don Vicente , que señala que todas o gran parte de las clínicas de VITALDENT están capacitadas para aplicar esta técnica y de hecho, dicho técnico afirma haber realizado este tipo de intervenciones en las clínicas de VITALDENT.

48.- Frente a este razonamiento, los apelados argumentan que el Sr. Vicente fue objeto de tacha por tratarse de un trabajador de VITALDENT y que en su informe no se aporta evidencia alguna de que las clínicas de la apelante tengan capacidad de realizar esta técnica o que se haya utilizado de modo efectivo.

49.- Hemos de recordar, tal y como afirman las apeladas, que 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 (art. 217.4 LEC).

50.- También convenimos con los apelados que la simple manifestación del Sr. Vicente , trabajador de VITALDENT, sobre la capacidad de sus clínicas para la realización de la técnica de carga inmediata, desprovista de cualquier otra evidencia, no tiene la suficiente fuerza de convicción como para estimar acreditado este extremo. Compartimos, por tanto, el criterio que sostiene la juez "a quo" sobre el particular.

51.- Por todo lo expuesto, concluimos que concurren los requisitos expresados en el artículo 5 LCD para considerar engañosa la **publicidad**, a saber, que el mensaje publicitario induzca a error al consumidor medio de cualquier manera, incluida su presentación; y que sea idóneo para afectar al comportamiento económico de sus destinatarios.

52.- Compartimos por tanto, al igual que la juzgadora de primera instancia, las conclusiones que sobre el particular emitió el jurado de Autocontrol en fecha 20 de febrero de 2012.

QUINTO: **PUBLICIDAD DENIGRATORIA Y DISCRIMINATORIA**

53.- La sentencia de instancia considera que la **publicidad** objeto de censura no puede tipificarse como denigratoria al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 e) de la LGP en relación al artículo 9 de la LCD .

54.- La juzgadora "a quo" parte de que no hay **publicidad** comparativa porque no se identifica claramente a un competidor.

55.- Por lo que se refiere a la **publicidad** denigratoria, la sentencia recurrida expone que las instalaciones en que prestan sus servicios los dentistas que aparecen en las escenas descritas son oscuras y dan un aspecto de clínicas vetustas en contraposición a la claridad e impresión diáfana de las clínicas VITALDENT. En ese contexto se reprocha por los actores el perfil más anciano o diversos acentos empleados en las historias narradas.



56.- Sin embargo, la sentencia de instancia considera que los anuncios presentan un claro matiz paródico o humorístico, por lo que entiende que el consumidor medio no tomará en serio el mensaje en la medida necesaria para ser influidos en su comportamiento económico.

57.- El COLEGIO DE LA PRIMERA REGIÓN, con ocasión de la oposición al recurso de apelación formulado de contrario, impugna la sentencia para que se estime que la campaña impugnada sea calificada de **publicidad** denigratoria y discriminatoria.

58.- Se alega en primer lugar incongruencia "infra petita" porque el impugnante considera que la sentencia de instancia analiza únicamente los anuncios en que el dentista tiene un acento sudamericano, pero no aquel en que el profesional tiene una avanzada edad.

59.- Esta Sala ha reiterado en numerosas ocasiones, (v.gr. SAP de 13 de mayo de 2016) que si la parte recurrente considera que la sentencia impugnada incurre en incongruencia omisiva, debería haber interesado su complemento mediante el mecanismo del artículo 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que solo desestimada tal pretensión cabría luego plantearla en apelación.

60.- En cualquier caso, la Sala no comparte el punto de vista del impugnante, ya que la sentencia expresamente alude expresamente al anuncio en que aparece un dentista anciano; y lo hace tanto al describir los hechos probados como en sede valorativa.

61.- El hecho de que la sentencia dedique un razonamiento más extenso a los anuncios con personajes que presentan diferentes acentos no desvirtúa lo anterior porque el fundamento por el que se rechaza la demanda en este particular es el mismo, a saber, el carácter jocoso o humorístico de las escenas planteadas en los spots.

62.- Por tanto, existe la necesaria conformidad entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas -teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir]-, en los términos que viene exigiendo la jurisprudencia (entre las más recientes, STS de 7 de noviembre de 2011, RC 1430/2008 ; de 26 de marzo de 2012, RC 1185/2009 y de 29 de enero de 2012, RC 2127/2009)

63.- Tampoco podemos considerar que la sentencia adolezca de falta de motivación. Baste recordar que el Tribunal Supremo mantiene en multitud de sentencias, entre las que podemos citar la sentencia 615/2015 de 16 de noviembre, que cita otras como la núm. 577/2011, de 20 julio núm. 283/2008, 5 abril 2006, 16 abril, 13 julio y 18 septiembre 2007, que «cabe admitir la existencia de motivación suficiente cuando la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el juzgador para llegar al resultado o solución contenidas en la parte dispositiva.

64.- En esta línea, el Tribunal Supremo razona que el requisito de la motivación no es de carácter formal, sino material, de modo que lo exigido es que la parte que se ve perjudicada por un determinado pronunciamiento judicial conozca cuál es la razón de que el tribunal se pronuncie de ese modo, con independencia, incluso, de que tales razones o fundamentos sean acertados y, por supuesto, de que puedan ser compartidos por la parte.

65.- El COLEGIO DE LA PRIMERA REGIÓN achaca a la juez "a quo" que haya basado sus conclusiones en la declaración de don Juan Enrique, que es empleado de la agencia de **publicidad** creadora de los spots.

66.- La sentencia de la anterior instancia se hace eco de la declaración del Sr. Juan Enrique a la hora de interpretar las parodias que los anuncios pretenden transmitir, pues en uno de ellos se induce la idea de que se trata de una ruptura de pareja y en otro se pretende transmitir la impresión la pérdida de tiempo que se produce en las clínicas odontológicas.

67.- Sin embargo, la "ratio decidendi" de la desestimación de la demanda se sustenta en la impresión de conjunto que los anuncios transmiten al consumidor medio, conforme resulta de la observación directa de los spots por la juzgadora de instancia.

68.- El COLEGIO DE LA PRIMERA REGIÓN muestra su discrepancia con la valoración efectuada en la sentencia, ya que no se valora el dictamen de autocontrol emitido al respecto, ni tampoco las notas de prensa publicadas por FACUA ni las manifestaciones de consumidores anónimos efectuadas en internet.

69.- El hecho de que no se mencionen esos medios probatorios en la sentencia no significa que no se hayan valorado conjuntamente con el resto de medios probatorios, como es el caso del informe sobre la campaña de **publicidad** de VITALDENT del año 2012 elaborado por don Arturo, profesor del Departamento de Comunicación Audiovisual y **Publicidad** de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid

70.- EL COLEGIO DE LA PRIMERA REGIÓN se centra únicamente en el anexo del citado informe que contiene el resultado del grupo de discusión (focus group) en el que se concluye que la campaña impugnada porta un mensaje potencialmente negativo para los dentistas que no trabajan en VITALDENT, pero añade que es un



mensaje que no convence, que incluso se rechaza y lo que es más relevante, que no llega a operar entre estas personas.

71.- Esta conclusión, no es incompatible con la extraída por la juez "a quo" cuando concluye que dado el tono jocoso de los mensajes, no resultan hábiles para alterar el comportamiento económico de los consumidores.

72.- En cualquier caso, no resulta razonable atender exclusivamente al anexo del citado informe, ya que en sus conclusiones generales se indica que la campaña de VITALDENT se corresponde con prácticas habituales en la profesión; que no encierra mensajes denigrantes que puedan afectar negativamente a otros odontólogos, aunque en la primera parte de los anuncios pueda parecerlo; que la presencia de algún personaje argentino o con acento peculiar no puede considerarse xenófoba por el efecto que produce en el espectador ni arroja valores racistas o marginadores; y que la campaña puede producir efectos positivos en el sector en general, como es el mantenimiento de un trato adecuado con el paciente o la ayuda a superar miedos irracionales o subconscientes proyectados hacia el dentista.

73.- El COLEGIO DE LA PRIMERA REGIÓN aduce que la **publicidad** denigratoria no exige un ánimo específico, citando al respecto la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo en sentencias como la de 4 de marzo de 2014 que cita la de 22 de marzo de 2007 . Únicamente se exige la aptitud o idoneidad del acto para alterar la reputación del competidor, siempre que se hagan con fines concurrenciales.

74.- Lo que la sentencia impugnada postula y esta Sala comparte no es contrario a la jurisprudencia citada. Lo que concluimos es que los anuncios combatidos, apreciados en su conjunto, no son idóneos para menoscabar el crédito en el mercado de otros operadores, según la representación que un consumidor medio puede alcanzar a partir del visionado de esos anuncios.

75.- La Sala considera, a partir del visionado de los anuncios en cuestión, que el consumidor percibirá un cierto **tono excluyente** de las técnicas y métodos clásicos frente a la imagen de modernidad y proximidad al cliente que VITALDENT quiere transmitir respecto a sus servicios. De hecho los anuncios se estructuran siempre en dos partes, la primera para representar lo antiguo y la segunda para plasmar lo nuevo.

76.- Compartimos con la juez "a quo" que , el juicio de licitud concurrencial que es propio de la **publicidad** comparativa no es el adecuado cuando de lo que se trata no es de efectuar una comparación con otros competidores o con los bienes o servicios ofertados por éstos, sino de lo que se trata es de efectuar una pública confrontación entre géneros de productos o servicios sin que resulten identificables particulares oferentes de los mismos (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2007 - caso De Landtsheer). En este último caso podría caber el análisis con arreglo a otras previsiones de la **publicidad**, mas no con sujeción a las reglas específicas de la **publicidad** comparativa.

77.- Tal y como hemos indicado en nuestra sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de octubre de 2016 , la **publicidad** de **tono excluyente** supone atribuirse uno mismo o a los bienes o servicios que de él proceden un grado de preeminencia que otro no alcanzaría. Su análisis no debe ser con arreglo a los patrones que se aplican en materia de **publicidad** comparativa, porque no hay, en sentido estricto, comparación explícita ni implícita con el competidor, sino mero elogio de lo propio, en términos tales que se excluye a lo ajeno de la calidad o característica ponderada.

78.- Ahora bien, para que pueda sostenerse un reproche de haber incurrido en **publicidad** de **tono excluyente** de carácter ilícito es preciso que el mensaje publicitario contenga datos objetivos, susceptibles de comprobación, que los destinatarios puedan reconocer y valorar como información que debería responder a la realidad.

79.- Sin embargo, lo que no puede ser objeto de un juicio de ilicitud por **publicidad** de **tono excluyente** son aquellos mensajes que carezcan de soporte objetivo apto para provocar, en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (concepto éste que responde a un estándar comunitario, que se maneja como referencia desde la sentencia del Tribunal de Justicia UE de 16 de julio de 1998), una falsa representación de la realidad. Nos estamos refiriendo a las meras afirmaciones de carácter subjetivo o al simple recurso a la exageración que los destinatarios de la **publicidad** reconocen como tales y por lo tanto no las perciben como un dato que necesariamente debiera responder a la realidad, ni que deba influir en la conformación de su decisión.

80.- Los anuncios en litigio pretenden resaltar los valores de la proximidad de comunicación, la claridad o la modernidad frente a lo antiguo. Pero se trata de valoraciones subjetivas que el consumidor medio entiende como tales y que por tanto las percibe con ese alcance a la hora de adoptar sus decisiones económicas en el mercado.



81.- El hecho de que aparezca un dentista de edad avanzada debe enmarcarse en este contexto, por lo que entendemos que el spot, realizado en un tono humorístico, no es idóneo para denigrar a otros profesionales por razón de edad ni el consumidor medio lo percibe de ese modo.

82.- Los spots en que aparecen dentistas con distintos acentos también deben interpretarse en la misma clave. Se transmite la idea de que VITALDENT valora la facilidad y la proximidad de la comunicación frente a técnicas que considera superadas. Pero esos mensajes, realizados en ese contexto y en clave de humor, no tienen la aptitud suficiente para transmitir un mensaje de xenofobia o discriminación a determinado colectivo por razón de su origen. En primer lugar porque, como dice la juez "a quo" son varios los acentos empleados; y en segundo lugar porque el acento del protagonista, enmarcado en dicho contexto, se percibe por el consumidor como algo secundario respecto al mensaje publicitario que se quiere transmitir.

83.- El hecho de que el anunciante haya buscado intencionadamente personas con estos acentos no cambia esta conclusión, porque lo importante es la impresión provocada en el consumidor.

84.- En definitiva, la Sala considera que la **publicidad** impugnada no puede tacharse de discriminatoria o denigratoria, en los términos a que se refiere el artículo 9 de la LCD en relación al artículo 3 a) y e) LGP.

SEXTO: COSTAS.-

85.- Las costas derivadas del recurso de apelación deben ser impuestas a la parte apelante y las derivadas de la impugnación de sentencia han de ser impuestas al impugnante, al resultar desestimadas todas las pretensiones del recurso y de la impugnación, respectivamente, tal como prevé el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al artículo 394 del mismo texto legal .

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLO

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de LABORATORIO LUCAS NICOLAS S.L. (VITALDENT) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, con fecha 31 de marzo de 2014 en el seno del procedimiento ordinario nº 215/2012.

2º.- Desestimamos asimismo la impugnación de la sentencia formulada por el COLEGIO OFICIAL DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE LA PRIMERA REGIÓN.

3º.- Imponemos a la parte apelante las costas ocasionadas por el recurso de apelación y a la parte impugnante las costas derivadas de la impugnación de la sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes

Envíese una copia de la misma a la autoridad administrativa española competente en materia de defensa de la competencia para posibilitar su ulterior remisión a la Comisión Europea.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente sentencia no es firme. Las partes podrán interponer ante este tribunal recurso de casación y/o recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. El recurso se presentará en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.