



Roj: **SAP B 6295/2017 - ECLI: ES:APB:2017:6295**

Id Cendoj: **08019370152017100352**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **02/10/2017**

Nº de Recurso: **392/2016**

Nº de Resolución: **390/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS RODRIGUEZ VEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Cuestiones: Competencia desleal. Actos de engaño

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 392/2016-1ª

Juicio Ordinario núm. 319/2015

Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona

SENTENCIA núm. 390/2017

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a dos de octubre de dos mil diecisiete.

Parte apelante: J García Carrión S.A.

- Letrado/a: Antonio Velázquez Ibáñez

- Procurador: Jesús Millan Lleopart

Parte apelada: Eckes Granini Ibérica S.A.

- Letrado/a: Alberto Segura Roda

- Procurador: Javier Segura Zariquiey

Resolución recurrida: sentencia

- Fecha: 10 de mayo de 2016

- Parte demandante: J. García Carrión, S.A.

- Parte demandada: Eckes Granini Ibérica S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: «Que DESESTIMO la demanda formulada por D. Jesús María Millán Lleopart, en nombre y representación de J. GARCÍA CARRIÓN S.A. y ABSUELVO a ECKER GRANINI IBÉRICA S.A. de las pretensiones formuladas en su contra y ello sin la imposición de costas ».



SEGUNDO . Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte reseñada. Admitido el recurso se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito oponiéndose e impugnando la sentencia en relación a la no condena en costas; la parte apelante presentó asimismo escrito oponiéndose a dicha impugnación, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 14 de septiembre de 2017.

Ponente: magistrado LUIS RODRÍGUEZ VEGA.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia

1. La actora J. García Carrión, que es una importante empresa productora y comercializadora de zumos de frutas, presentó demanda contra Eckes Granini Ibérica (Granini) por la publicidad difundida por ésta en relación a "Granini Naranja", que es un néctar de naranja, ya que presenta dicho producto como si fuera un zumo de naranja. La actora sostiene que dicha publicidad supone un acto de competencia desleal por engañoso, sancionado en el art. 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), por lo que solicitó su condena a cesar en esos actos y a publicar la sentencia condenatoria.

2. La demandada compareció para oponerse a dichas pretensiones, las cuales fueron desestimadas por la sentencia de primera instancia. La actora formuló recurso de apelación contra dicha sentencia, básicamente reiterándose en los argumentos expuestos en primera instancia, mientras que la demandada se opuso al recurso.

SEGUNDO. Hechos relevantes y no controvertidos en esta instancia.

3. Conforme acertadamente resume la sentencia de primera instancia, son hechos no controvertidos en esta instancia, los siguientes:

a) J. García Carrión y Eckes Granini Ibérica compiten en el sector de zumos de frutas en el mercado español, produciendo zumos de diversos tipos.

b) La demandada, Granini, está realizando una campaña publicitaria del producto "Granini Naranja" mediante un anuncio televisivo que aparece en el soporte audiovisual obrante en el documento nº 5 de la demanda.

c) El anuncio, de unos 26 segundos de duración, muestra como una mujer, coge una naranja de un cesto que contiene varias, la huele y la deja para coger el envase de "Granini Naranja". A continuación lleva la botella a la mesa, situada en un jardín, donde sirve su contenido a su familia.

d) Al tiempo, la voz en *off* del anuncio dice: "Es verdad, nadie hace el zumo como tú. Por eso en Granini queremos parecernos a tí y cada vez estamos más cerca. Así que ya sabes, cuando tú no puedas hacerlo, Granini lo hace por tí. Ahora, un nuevo "Granini Naranja, aún más bueno y más parecido al tuyo. Estés donde estés, disfrútalo".

e) En la etiqueta del producto, donde se informa de sus características, se dice "néctar de naranja elaborado a partir de concentrado", en una letra pequeña pero fácilmente legible.

TERCERO. La normativa sobre zumos de frutas

4. La publicidad de los zumos de frutas y otros productos similares viene regulada por el Real Decreto 781/2013, de 11 de octubre, por el que se establecen las normas relativas a la elaboración, composición, etiquetado, presentación y publicidad de los zumos de frutas y otros productos similares destinados a la alimentación humana. Esta norma se dictó para adaptar la legislación nacional a la Directiva 2012/12/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de abril de 2012, por la que se modifica la Directiva 2001/112/CE del Consejo, relativa a los zumos de frutas y otros productos similares destinados a la alimentación humana. Como señala el preámbulo de la norma, uno de los objetivos de las normas comunitarias y nacionales es informar adecuadamente al consumidor (preámbulo del Real Decreto párrafo 3º).

5. Esta última directiva, en el primero de sus considerandos comienza diciendo:

<<Con el fin de proteger los **intereses de los consumidores** y de promover la libre circulación de los zumos de frutas y de otros productos similares en la Unión, la Directiva 2001/112/CE del Consejo establece disposiciones específicas en materia de producción, composición y etiquetado de los productos en cuestión>>.

6. Más precisos, en relación con el problema que nos ocupa, son los considerandos de la Directiva modificada 2001/112/CE, en cuyo párrafo tercero se dice:



<<Las Directivas 75/726/CEE y 93/77/CEE (normas que se sustituyen) se justificaban por el hecho de que las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales sobre los zumos de frutas y néctares destinados a la alimentación humana **podían crear condiciones de competencia desleal, lo que podía inducir a error a los consumidores** y, por consiguiente, repercutir de forma directa en la realización y funcionamiento del mercado común>>.

7. El RD 781/2013, en su art. 1 comienza diciendo que:

<<1. El objeto de esta norma es regular la elaboración, composición, etiquetado, presentación y **publicidad de los zumos de frutas y otros productos similares** destinados a la alimentación humana>>

8. Conforme al mismo precepto, y al anexo 1A, la norma diferencia entre: "zumo de frutas, zumo de frutas a partir de concentrado, zumo de frutas concentrado, zumo de fruta extraído con agua, zumo de frutas deshidratado/en polvo y **néctar de frutas**". "El néctar de frutas se define como el producto susceptible de fermentación, pero no fermentado que: a) se obtenga por adición de agua con o sin adición de azúcares y/o de miel a los productos definidos en los puntos 1 a 5, al puré de frutas, y/o al puré de frutas concentrado, y/o a una mezcla de estos productos, y b) sea conforme al anexo IV.". La distinción entre zumo de fruta y néctar de fruta es trascendente para el consumidor medio ya que la referencia a zumo de fruta - Anexo I.A - garantiza al consumidor que no se incorpora agua y que tampoco hay riesgo de que se incorporen azúcares o miel. Además, en el caso del zumo de cítricos el consumidor tiene garantizado que el mismo se extrae del endocarpio de la fruta (la parte interna, evitando el mesocarpio interno o albedo - la parte blanca de la naranja que puede dar un sabor más amargo al zumo), sin pieles ni semillas. El néctar, por el contrario, no permite al consumidor tener estas certezas, que pueden ser determinantes para tomar la decisión de adquirir uno u otro producto. En este caso, el producto "Granini Naranja" no es un zumo de naranja, de ninguno de los tipos enumerados, sino un néctar de naranjas, como consta en la citada etiqueta.

9. El art. 2 del RD 718/2013, bajo la rúbrica "disposiciones específicas sobre etiquetado, presentación y publicidad", establece que:

<<Sin perjuicio de los requisitos de **etiquetado**, presentación y **publicidad**, establecidos para los productos alimenticios, a los productos definidos en el Anexo I.A, les serán de aplicación las condiciones siguientes:

1. Las denominaciones que fija el Anexo I.A se reservarán a los productos que figuran en él y, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente, **deberán utilizarse para designarlos comercialmente**. (...)

2. Cuando el producto proceda de una sola especie de fruta, **la palabra «fruta» se sustituirá por el nombre de la misma** >>

Así pues, el art. 2 del RD 781/2013 obliga al demandado a utilizar en el etiquetado, la presentación y la publicidad, la designación de néctar de frutas, más concretamente, néctar de naranja. No parece que baste abstenerse de utilizar la denominación adecuada, sino que es obligatorio utilizar dicha denominación.

CUARTO.- La conducta engañosa

10. En el anuncio objeto de este litigio, no sólo no se denomina al producto "Granini Naranja" como néctar de naranja, sino que el juego de palabras utilizado por la voz en *off* haría pensar a cualquier consumidor medio que se trata de un zumo de naranja y no un néctar de naranja.

11. El demandado, al omitir esa información (néctar de naranja) y al mismo tiempo jugar con el zumo de naranja natural y la bebida anunciada, puede llevar a engaño al consumidor, incurriendo de esta forma en el ilícito previsto en el art. 5 LCD. En dicho precepto se establece que:

"1. 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: (...) b) 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".

12. El precepto exige igualmente que el error pueda ser idóneo para alterar su comportamiento económico, es decir, para elegir "Granini Naranja" creyendo que está adquiriendo un zumo de naranja cuando se trata de un néctar de naranja.

13. La demandada argumenta que el consumidor medio desconoce las diferentes denominaciones técnicas de los zumos de frutas y de las bebidas similares. Sin embargo, el legislador comunitario y el nacional han



valorado que dicha información sobre las características del producto es relevante y han querido que el consumidor disponga de ella cuando elija entre las diferentes ofertas de zumos y néctares de frutas, con la finalidad de evitar, como dice el considerando (3) de la Directiva 2001/112/CE. antes transcrito, que el consumidor incurra en un error y se generen situaciones de competencia desleal. Pues bien, el demandado con su omisión lo que pretende es que el consumidor crea que "Granini Naranja" es un zumo de naranja, es decir, inducirle a un error que le lleve a seleccionar su bebida cuando lo que quiere comprar es un zumo de naranja.

14. Las pruebas demoscópicas aportadas por las partes pueden complementar la valoración que ha de hacer este tribunal sobre los elementos del ilícito concurrencial previsto en el art. 5 LCD, en concreto, sobre capacidad del anuncio para inducir a error al consumidor. Hay que señalar, como hace el demandado al oponerse al recurso, que la prueba pericial aportada por la actora fue admitida solo en lo que se refiere a dos puntos controvertidos: primero, la interpretación que hace el consumidor del término "zumo", y, segundo, si el mensaje principal del anuncio va dirigido a informar al consumidor de las nuevas cualidades del "Granini Naranja".

15. Según el informe del demandado (elaborado por dos expertos de la empresa Millward Brown, la Sra. Zaira, y el Sr. Raimundo, que declaró en el juicio) "el consumidor percibe que se publicita un zumo de sabor más parecido al casero" (página 14 del informe, folio 168). La conclusión que extraemos de este estudio es que el consumidor que vea el anuncio, como ya habíamos dicho, relacionará la bebida de Granini con un zumo de naranja, cuando es un néctar de naranja. A la misma conclusión llega el informe de la actora (pág 14, folio 211 y pág. 23, folio 220, elaborado por Virgilio).

QUINTO.- Acciones ejercitadas

16. La actora ejercita tres acciones, al amparo de lo establecido en el art. 32.1 LCD, la primera declarativa, la segunda de cesación y prohibición y la tercera de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Las tres han de ser estimadas, la de cesación ya que el anuncio se estaba emitiendo cuando se presentó la demanda, la de prohibición para que no se vuelva a publicar un anuncio en los términos engañosos utilizados y la tercera, de rectificación.

17. Esta última es la que plantea más problemas por los costes que puede conllevar. La actora propone dos medidas, la primera de forma principal, que se condene a la demanda para que durante cuatro días consecutivos, en las mismas cadenas en las que se hayan difundido la publicidad (lo que incluye Youtube) y en horario de máxima audiencia, la siguiente declaración rectificadora: "En cumplimiento de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de fecha (-), Granini informa a los consumidores que su producto Granini Naranja no es un zumo, sino un néctar con azúcar". En segundo lugar de forma subsidiaria, que se condene a la demanda a la publicación a su costa, de la parte dispositiva de la sentencia mediante su lectura, dos días consecutivos, en horario de máxima audiencia, en las mismas cadenas de televisión en las que ha sido difundida la publicidad.

18. No es fácil saber el número de pases del anuncio, ya que los informes Wester Dynamic Media no son claros (documento nº 6, de la demanda, folio 48 y nº 11, folio 197), pero parece que el mismo se pasó aproximadamente más de 10.000 veces, cifra que tampoco se discutió por la demandada, y que en Youtube tuvo más de 100.000 reproducciones hasta la audiencia previa del juicio. Nos haría falta saber la importancia relativa de esta campaña para poder ajustar la acción de rectificación, pero a la vista del número de pases del anuncio, parece razonable condenar a la demanda a emitir una declaración de rectificación en las tres cadenas nacionales con más número de reproducciones, en horario de máxima audiencia y durante dos días consecutivos, en la que se reconozca la condena por haber emitido información engañosa y la precisión que Granini Naranja es un néctar de naranja y no un zumo de naranja.

SEXTO.- Impugnación por las costas

19. La demandada impugnó la sentencia por no imponer las costas a la actora, impugnación que lógicamente ha de ser desestimada al haber estimado el recurso.

SÉPTIMO.- Costas de primera y segunda instancia

20. Conforme a lo que se establece en los art. 394 y el art. 398 LEC, las costas de primera instancia han de imponerse a la demandada, al haberse desestimado su pretensión de desestimación de la demanda, y no procede hacer imposición de las costas del recurso, al haberse estimado.

FALLAMOS



Estimamos el recurso de apelación interpuesto por J. García Carrión contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona de fecha 10 de mayo de 2016 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca íntegramente, y en consecuencia, se estima la demanda:

- a) Se declara que la publicidad difundida por la demanda Eckes Granini Ibérica S.A. para la promoción de su producto Granini Naranja constituye un acto desleal de engaño contrario al art. 5 de la LCD .
- b) Se condena a la demandada a cesar en la publicación del anuncio publicitario litigioso y abstenerse de reiterar su publicación en el futuro.
- c) Se condena a la demandada a difundir en tres cadenas de televisión nacionales, en las que se haya hecho el mayor número de pases del anuncio litigioso, en horario de máxima audiencia y en dos días consecutivos, una declaración en la que Granini reconozca expresamente la información engañosa publicitada y que su producto Granini Naranja es un néctar de naranja y no un zumo de naranja.
- d) Se condena a la demandada al pago de las costas de la primera instancia, sin hacer especial imposición de las costas del recurso y con devolución a la apelante del depósito constituido para formular el recurso.

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 . 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.