



Roj: **SAP M 16084/2017 - ECLI: ES:APM:2017:16084**

Id Cendoj: **28079370282017100448**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **17/11/2017**

Nº de Recurso: **27/2016**

Nº de Resolución: **498/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28ª (de lo mercantil)

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

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.47.2-2011/0006881

Rollo de apelación nº 27/2016

- **Materia** : Competencia desleal, **publicidad** desleal.
- **Órgano judicial de origen** : Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid
- **Autos de origen** : Juicio ordinario 507/2011
- **Parte Apelante /Apelada** : PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A.

Procurador/a: Dña. Gloria Teresa Robledo Machuca

Letrado/a: D. Montiano Monteagudo y Dña. Nuria Porxas

- **Parte Apelante/Apelada:** **EDGEWELL PERSONAL CARE SPAIN SL** (antes ENERGIZER GROUP ESPAÑA, S.A.)

Procurador/a: D. Victorio Venturni Medina

Letrado/a: Dña. Beatriz Díaz de Escauriaza

SENTENCIA nº 498/2017

Ilmos Srs. Magistrados :

D. Gregorio Plaza González

D. Pedro María Gómez Sánchez

D. Francisco de Borja Villena Cortés (ponente)

En Madrid, a 17 de noviembre de 2017.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 27/2016 , los autos 507/2011, provenientes del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.



ANTECEDENTES DE HECHO

(1).- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: FALLO: Que estimando parcialmente la demanda inicial formulada a instancia de la mercantil ENERGIZER GROUP ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador Sr. Venturini Medina y asistida de la Letrado Dña. Beatriz Díaz de Escaurizaga; contra la mercantil PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador Sr. Lanchares Perlado y asistida de los Letrados D. Montiano Monteagudo y Dña. Nuria Porxas;debo:

1.- declarar que el mensaje publicitario "*El cartucho de hojillas de Gillette es el mejor de todos los tiempos*" constituye un acto de **publicidad** engañosa y un acto de **publicidad** de **tono excluyente**; 2.- condenar a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración; 3.- condenar a la demandada a cesar de forma inmediata en la difusión del mensaje publicitario "*El cartucho de hojillas de Gillette es el mejor de todos los tiempos*" en su página web; y, por tanto, requerir a dicha compañía para que modifique el contenido de dicha página de tal manera que en la misma no se incluya dicha afirmación; 4.- acordar y ordenar la publicación del fallo de ésta sentencia en los periódicos de tirada nacional EL MUNDO Y EL PAÍS, a costa de la demandada; 5.- desestimar las demás pretensiones formuladas, sin hacer imposición de las costas.

Que estimando íntegramente la demanda inicial formulada a instancia de la mercantil PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., (...) contra la mercantil ENERGIZER GROUP ESPAÑA, S.A., (...); debo:

1.- declarar que la demandada ha realizado un acto de competencia desleal al difundir en el mercado el mensaje "*El mejor afeitado para tu piel*" incorporado en el embalaje del producto "*Hydro5*"; 2.- declarar que la demandada ha realizado un acto de competencia desleal al difundir en el mercado el mensaje "*Afeitado Mejor que Mach3*" incorporado en el embalaje del producto "*Hydro3*"; 3.- condenar a la demandada a cesar de inmediato, con prohibición de reanudación en el futuro, en la realización de los actos declarados desleales y, en concreto, en la utilización en el embalaje de sus productos "*Hydro5*" e "*Hydro3*", y en cualquier otro medio, de los mensajes "*Afeitado mejor que Mach3*" y "*El mejor afeitado para tu piel*"; 4.- condenar a la demandada-reconviniente a remover los efectos residuales de los actos declarados desleales mediante la publicación, a su costa, del fallo de la sentencia en los diarios de información general y tirada nacional EL MUNDO y EL PAÍS a costa de la demandada; 5.- con expresa condena en costas a la parte demandada (demandante-reconvenida)."

(2).- Contra la anterior sentencia se interpusieron recursos de apelación las mercantiles ENERGIZER GROUP ESPAÑA, y PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A., evacuados traslados correspondientes, se presentaron escritos de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día 16 de noviembre de 2017.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco de Borja Villena Cortés.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Contexto de la controversia en primera instancia.

(1).- *Pretensión inicial de la parte actora*. Por parte de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA se interpuso demanda de Juicio ordinario frente a PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, en la que se deducían, sucintamente expuestas aquí, y de acuerdo con las precisiones efectuadas a lo largo del proceso, las siguientes pretensiones:

(i).- Se declare que no son desleales los mensajes publicitarios "*El Mejor Afeitado para tu Piel*", impreso en el envoltorio del producto Hydro 5 de Wilkinson Sword, y "*Afeitado Mejor que Mach 2*", en el envoltorio del producto Hydro 3 de Wilkinson Sword, realizados por esa parte actora.

(ii).- Se declare como desleal, por **publicidad** engañosa, el mensaje publicitario "*El Cartucho de Hojillas de Gillette es el Mejor de Todos los Tiempos*", difundido por PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA.

(iii).- Se acuerde la retirada del anuncio señalado, con prohibición de reiteración.

(iv).- Se publique la sentencia en dos diarios nacionales.

(v).- Se impongan a la parte demandada las costas del proceso.

(2).- (Alegación fáctica) Dichas peticiones deducidas por ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA se fundamentan, en resumen, en la siguiente argumentación:

(i).- Es necesario interponer acción negatoria de deslealtad, ya que ha existido una resolución del jurado de autocontrol publicitario sobre los mensajes publicitarios de la actora.



- (ii).- Los productos a los que se refieren todos los mensajes son maquinillas manuales para afeitado facial masculino.
- (iii).- En los productos de la actora, comercializados bajo la marca Wilkinson Sword, concurren especiales condiciones técnicas que los hacen mejores que los de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, distribuidos bajo la marca Gillette, tales como el tipo de cuchillas, dispensadores de gel lubricante, o sistemas de protección de las cuchillas.
- (iv).- El mensaje publicitario de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA es **publicidad en tono excluyente**, que además no responde a la realidad, por cuanto su producto no es mejor que los de la actora.
- (3).- Contestación reconvenzional** . En el litigio del que trae causa el presente recurso de apelación, por PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, en su escrito de contestación se dedujo reconvección, en la que se instó:
- (i).- La desestimación íntegra de la demanda de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA.
- (ii).- La declaración de deslealtad de los mensajes de esa actora, referentes a los productos de Wilkinson Sword, Hydro 3 e Hydro 5.
- (iii).- La orden de cesación y retirada de tales mensajes publicitarios.
- (iv).- La publicación de la sentencia en diarios de ámbito nacional.
- (v).- La imposición de condena en costas a la parte actora.
- (4).-** Para la defensa de su posición, por esa parte, en resumen sucinto, se alegó que:
- (i).- El mensaje de la actora consistente en la expresión " *El Mejor Afeitado Para Tu Piel* " es de **tono excluyente**, y desleal por engañoso, al no acreditar su certeza.
- (ii).- El anuncio de la actora que señala que Hydro 3 " *Afeitado Mejor que Mach 3* ", producto este de la demandada, es **publicidad** comparativa desleal, al no ajustarse a los requisitos legales.
- (iii).- El anuncio de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA ha sido extractado y fraccionado.
- (iv).- En su caso, sería una mera **publicidad** en tono exagerado, pero no desleal.
- (5).- Sentencia apelada** . Por el Juzgado Mercantil Nº 6 de Madrid se dictó Sentencia en fecha de 3 de septiembre de 2015 , en la que se dictó el siguiente Fallo:
- (i).- Se declara que el mensaje publicitario " *El Cartucho de Hojillas de Gillette es el Mejor de Todos los Tiempos* ", difundido por PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, es un acto de **publicidad** engañosa y un acto de **publicidad en tono excluyente**, y se condena a ésta a su cese y retirada, así como a la publicación de la sentencia en dos diarios nacionales.
- (ii).- Se declara que el mensaje publicitario " *El Mejor Afeitado para tu Piel* ", del envoltorio del producto Hydro 5, de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, es un acto de competencia desleal.
- (iii).- Se declara que el mensaje de **publicidad** " *Afeitado Mejor que Mach 3* ", en el embalaje del producto Hydro 3, de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, es un acto de competencia desleal.
- (iv).- Se condena a ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA al cese del uso y difusión de estos dos mensajes y a su retirada.
- (v).- Se acuerda la publicación de la sentencia de dos diarios de tirada nacional.
- (vi).- Se imponen las costas de la reconvección a ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, y no procede condena en costas generadas por la demanda.
- (6).- (Fundamentos)** Para ello, la Sentencia se basa esencialmente en los siguientes razonamientos y conclusiones:
- (i).- Se admite doctrinalmente el ejercicio de acciones declarativas negatorias cuando el solicitante acredite un interés en ello, que en este caso se motiva por la declaración del jurado de autocontrol de **publicidad**.
- (ii).- El mensaje " *El Mejor Afeitado para Tu Piel* " no puede ser considerado una mera exageración publicitaria, ya que atribuye al producto una ventaja competitiva directa sobre los demás, al referirse a la piel de usuario. Resulta un mensaje en **tono excluyente**, sin que haya demostrado la ventaja que afirma.
- (iii).- El anuncio " *Afeitado Mejor que Mach 3* " es **publicidad** comparativa, referida a la generalidad del producto, y no a aspectos concretos mensurables.



(iv).- El mensaje " *El Cartucho de Hojillas de Gillette es el Mejor de Todos los Tiempos* " es **publicidad en tono excluyente**, no referido a ventajas concretas del producto, sino a su generalidad, y sin demostrar dicha ventaja.

Objeto del recurso de apelación .

(7).- Tanto por ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA como por PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, respectivamente, se interponen recurso frente a dicha Sentencia del Juzgado Mercantil N° 6 de Madrid, en los que se insta la revocación de la misma, y la estimación de sus respectivos pedimentos.

A tal fin, los recursos de apelación se sustentan, aquí resumidos a los meros efectos de ofrecer una perspectiva de conjunto del objeto del proceso, más adelante desarrollados puntualmente, en los siguientes motivos:

- (i).- Error en la valoración de la prueba, sobre el contenido desleal de los mensajes publicitarios.
- (ii).- Error en la aplicación del Derecho, en cuanto a la necesidad y proporcionalidad de publicación de la sentencia en medios de comunicación.
- (iii).- Error en la aplicación del Derecho, respecto de los pronunciamientos en costas.

(8).- Por cada parte, a su vez, se presentaron escritos de oposición al recurso formulado por la contraria, en los que instaron la desestimación de tales apelaciones, esencialmente sustentados en la argumentación aducida por cada parte en la primera instancia

I.- Recurso de apelación de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA .

Motivo primero del recurso: deslealtad del mensaje publicitario " *El mejor afeitado para tu piel* ", como engañoso.

(9).- *Enunciado del motivo* . Señala el escrito de recurso de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA que la Sentencia apelada yerra al considerar el mensaje publicitario que expresa " *El mejor afeitado para tu piel* ", en el embalaje del producto de afeitado *Hydro 5* , comercializado por aquella, como desleal, al entenderlo como **publicidad** engañosa, cuando, según esta recurrente, no puede ser considerado así, sino una mera y tolerada exageración publicitaria.

(10).- (*Argumentación del motivo*). A tal fin, el escrito de recurso indica que (i).- la Sentencia basa su reproche en la colocación del mensaje en el envoltorio del producto, y su representación en el mismo, no en el contenido mismo del mensaje; (ii).- no concurre objetivación alguna del mensaje, que haga comprobable su afirmación, por lo que se trata tan solo de una exageración publicitaria; (iii).- tanto es así que el mensaje no ha sido capaz de mover el ánimo y conducta de los consumidores, y no se traduce en una mayor venta del producto; (iv).- la expresión contenida en el mensaje ha sido admitida y reconocida por tribunales y autoridades administrativas de competencia de otros países.

(11).- *Régimen legal de la **publicidad** desleal* . Con anterioridad a la reforma operada en el año 2009, el Ordenamiento mercantil estaba expuesto a un conflicto normativo derivado de la doble regulación que dimanaba, por un lado, de la *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de **Publicidad*** (LGP), que calificaba determinadas conductas como **publicidad** ilícita, y, de otra parte, la *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal* (LCD), que contemplaba algunos de esos mismos comportamientos como actos desleales. Ello conducía a una indeseable dualidad de regímenes jurídicos aplicables y de catálogo de acciones ejercitables, conforme a cada regulación, lo que ofrecía dudas en la aplicación de la normativa, al dar lugar a un concurso de normas, no de acciones.

Esta situación tuvo final con la reforma introducida en ambas normas por la *Ley 29/2009, de 30 diciembre* , cuyo Preámbulo reconoce entre las finalidades de la reforma la de poner fin a dicho concurso normativo. Con la novedad introducida por dicha Ley 29/2009, el art. 3.e) LGP pasa a disponer que " es **publicidad** ilícita: (...) la **publicidad** engañosa, la **publicidad** desleal y la **publicidad** agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal " .

(12).- Pese a la conservación de ciertas dudas en cuanto si existe un contenido específico de aquello que el art. 3.e) LGP califica como " **publicidad** desleal " , lo que parece más bien una reminiscencia del antiguo art. 6 LGP, previo a aquella reforma, más allá de la calificación genérica como tal **publicidad** desleal de la ilícita susceptible de tipificación como acto de competencia desleal, la remisión hecha a la LCD determina que en cuanto a la **publicidad** engañosa deba estarse a los art. 5, actos de engaño, y art. 6 LCD , omisiones engañosas, y para la **publicidad** agresiva, al art. 8 LCD . Y ello sin perjuicio a los supuestos específicos de deslealtad en relación con consumidores, de los arts. 19 y ss. LCD . Finalmente, también tendrá la consideración de actos de competencia desleal la **publicidad** comparativa que no se ajuste a los requisitos impuestos para ella en el art. 10 LCD .



(13).- *Contenido del mensaje publicitario* . El comportamiento objeto de examen consiste en la colocación del texto " **NUEVO. El MEJOR AFEITADO PARA TU PIEL** ", en la esquina superior derecha del blíster que hace de envoltorio a la maquinilla manual para afeitado facial, identificada como Hydro 5, comercializada por ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, bajo la marca Wilkinson Sword. El mensaje se enmarca en un fondo de color verde, distinto del resto de las menciones contenidas en el envoltorio, en su parte frontal, y ocupa aproximadamente menos de una vigésima parte de su superficie.

(14).- *Contornos jurídicos de la **publicidad** engañosa* . Para valorar la concurrencia de la censura dirigida contra tal mensaje publicitario, es conveniente recordar que la SAP de Madrid, sec. 28ª (mercantil), nº 417/2016, de 28 de noviembre , FJ 4º, pfs. 36 y ss. , señaló que:

" 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) .

(15).- En la citada SAP de Madrid, sec. 28ª (mercantil), nº 149/2011, de 6 de mayo , FJ 4º , se indicaba que:

"(...) para poder calificar de engañosa determinada **publicidad**, la concurrencia de dos requisitos: 1º) la aptitud del mensaje publicitario para, de cualquier manera, incluida su presentación, inducir a error a sus destinatarios; y 2º) que el mensaje en cuestión sea idóneo para afectar al comportamiento económico de sus destinatarios o para perjudicar a un competidor. Debe precisarse, en relación con el primero de los requisitos señalados, que 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. En cuanto al segundo requisito, es suficiente la capacidad potencial del mensaje publicitario para influir en el comportamiento económico de sus destinatarios, sin necesidad de prueba de que lo haya determinado efectivamente en el supuesto controvertido. A tenor de dicha normativa, en relación con el artículo 2.2 de la Directiva CE 84/450 del Consejo, de 10 de septiembre, no hace falta que se llegue a consumir un daño para que la **publicidad** deba ser reputada de engañosa, bastando que pueda inducir a error a los consumidores en relación con los productos o servicios anunciados. La potencialidad para ello resulta suficiente para justificar una orden judicial de cesación de una campaña publicitaria. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2006 señala:

" de la lectura del precepto se deduce que basta con que pueda afectar a su comportamiento económico (de los destinatarios) o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. De modo que no se exige la precisión, ni menos la prueba de que se haya producido efectivo perjuicio en los destinatarios o de que fatalmente se pueda producir.", como tampoco resulta precisa (sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 5 de noviembre de 2009) una voluntad dirigida a producir un perjuicio.

Además, la **publicidad** es también engañosa si silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios publicitados, cuando dicha omisión induzca a error a sus destinatarios (como se deriva del párrafo segundo del artículo 4 LGP en su redacción anterior a la reforma por Ley 29/2009, de 30 de diciembre). 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.

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". 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). El artículo 5 LGP, por su parte, señala una serie de indicaciones que habrán de ser tenidas en cuenta para determinar si la **publicidad** cuestionada es engañosa, si bien, precisa, este extremo habrá de valorarse en función de todos los elementos de la misma ".

(16).- De entrada, al constituirse el tipo de deslealtad como puramente tendencial, y no de resultado, la afirmación del recurso de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA sobre que el mensaje publicitario no ha tenido efecto en el mercado, al no lograrse elevar significativamente las ventas del producto, resulta irrelevante como criterio de valoración de la presencia de deslealtad. Esta debe ser evaluada por otros parámetros, como se abordará seguidamente.

(17).- De acuerdo con los principios señalados en las resoluciones citadas, no puede afirmarse que el mensaje objeto de ataque tenga un contenido suficiente para ser tachado de acto de engaño. En el mismo no se afirma una ventaja concreta y precisa del producto, ni una característica específica del mismo que sea objetivable y cuya certeza resulte comprobable. Es decir, el mismo no anuncia, v. gr., la utilización en el producto de materiales que lo hagan más duradero o práctico, o de funcionalidades añadidas provenientes de sus características técnicas o de concretas adendas al mismo.

Esta clase o tipología de mensaje publicitario, que contiene una simple exageración o ponderación superlativa del producto promocionado, es absolutamente habitual y general en la práctica comercial, de modo que resulta admitida por los usos del comercio, y tiene por ello muy escaso impacto en la formación de las decisiones de consumo.

(18).- El mensaje se limita a proclamar que el producto se asocia al mejor afeitado para tu piel, en un tono superlativo y amplio. El hecho de que tal posición superlativa se circunstanee respecto a la piel del usuario, no es suficiente para sostener que el mismo afirma una ventaja competitiva específica y concreta, que pudiera ser examinada luego como engañosa, ya que es una característica indisociable del tipo de producto, una maquinilla de afeitado, inherente a su uso, destinada a rasurar el pelo de la barba con el mejor resultado posible y respeto de la piel del usuario. Constituye una única finalidad de uso de esa clase de producto el obtener al tiempo el mejor rasurado de bello posible con el máximo respeto para la piel.

De hecho, el mensaje ni siquiera se afirma para esa finalidad indisociable del uso del producto, respetar la piel, una ventaja concreta, como podría ser, v. gr., la hidratación, tonificación...

Dadas tales características del mensaje enjuiciado, objetivamente no apto para generar un engaño tachable de desleal, no resulta de especial relevancia ni la forma de presentar el mensaje en el embalaje del producto, ni la determinación del consumidor medio de esta clase de producto, toda vez que la simple exageración publicitaria es una práctica bien conocida y admitida por la generalidad de los consumidores.

Motivo segundo: deslealtad de la publicidad en tono excluyente imputada al mensaje " El Mejor Afeitado Para Tu Piel " .

(19).- *Contenido del motivo* . Dentro de los razonamientos dedicados en el recurso de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA a combatir la calificación de ese mensaje publicitario como desleal, realizado por la Sentencia apelada, se niega ahora que dicha **publicidad** pueda entenderse realizada en **tono excluyente**, ya que no se contiene en el mensaje afirmación alguna sobre que el producto en cuestión, maquinilla de afeitar Hydro 5, ostente alguna característica concreta con exclusión respecto de ella de todo otro producto de los competidores. Vuelve a afirmar el recurso que se está ante una mera exageración publicitaria y que, de hecho, existen estudios que avalan la afirmación de la excelencia de tal producto respecto al rasurado y efecto sobre la piel afeitada.

(20).- *Tratamiento de la publicidad en tono excluyente* . Aunque existe controversia doctrinal, parece mayoritaria la opinión científica respecto de que el juicio sobre la **publicidad** excluyente debe hacerse bajo los criterios de los actos de engaño, del art. 5 LCD , más que sobre los de comparación, art. 10 LCD , toda vez que en esta clase de mensaje publicitario no se cita ni de forma explícita ni implícita a productos o servicios de competidor, tal cual señala la *SAP de Madrid, sec. 28ª (mercantil), nº 371/2015, de 18 de diciembre , FJ 6º* , o *SAP de Barcelona, sec. 15ª (mercantil), nº 229/2013, de 3 de junio , FJ 21º y ss* .

Es decir, en la **publicidad** realizada en **tono excluyente** el anunciante afirma que su producto o servicio reúne características o rasgos relevantes competitivamente que lo colocan en una posición de exclusiva respecto a todos y cualesquiera otros productos o servicios que puedan ser ofertados en el mercado, lo que implica presentar a estos como excluidos de tal carácter o posición de prevalencia. Pero tal aseveración no se dirige específicamente a concretos y determinados productos o servicios de los competidores, como exige el acto de comparación, sino a todo el que pueda ser encontrado en ese mercado. Ello hace que, cuando dicha afirmación de ostentar dicha posición de exclusiva no sea cierta, se convierte en una apta para generar engaño en los potenciales consumidores.

Pese a ello, la doctrina también ha destacado que el juicio de deslealtad en este caso, pese a ubicarse en el examen de actos de engaño, en algo estará informado por los principios propuestos en la deslealtad prevista para los actos de comparación, ya que de hecho aquella afirmación de preeminencia se hace frente a características de todo otro producto o servicio competidor, y el anunciante queda sujeto a la carga de demostración de la pertinencia de la afirmación publicitaria hecha y la veracidad de esa afirmación respecto a su posición excluyente de los demás competidores.

(21).- Al respecto del alcance del análisis de esta clase de mensaje publicitario en **tono excluyente**, se señaló en la *SAP de Madrid, sec. 28ª (mercantil), nº 417/2016, de 28 de noviembre , FJ 5º, pfs. 78 y ss* que:

" *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 "*

(22).- En parecido sentido, respecto del alcance de juicio, se señaló en la *SAP de Madrid, sec. 28ª (mercantil), nº 133/2017, de 10 de marzo , FJ 2º* , que:

" *Por consiguiente, el apelante no puede encontrar cobijo en la jurisprudencia recaída en torno a la denominada **publicidad** superlativa, con arreglo a la cual no pueden ser objeto de un juicio de ilicitud por **publicidad de tono excluyente** 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. Esta doctrina la hemos recogido en sentencias de esta Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como la de 7 de octubre de 2016 , pero, como decimos, no es aplicable al caso de autos "*

(23).- Es decir, para poder aplicar el juicio de deslealtad sobre mensajes publicitarios realizados en **tono excluyente**, es preciso que los mismos dispongan de un contenido informativo sobre concretas características



o rasgos del producto o servicio promocionado, v. gr., tales como que se trata del único autorizado legalmente, o el único aprobado por tal organismo, o del menor consumo de energía, el que menos contamina, el de mayor potencia, o similares.

En cambio, los anuncios que contengan meros juicios de valor o estimativos sobre afirmaciones no contrastables no son aptos para generar una calificación de deslealtad concurrencial.

(24).- Afirmar que el mensaje publicitario utilizado por ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, " *El Mejor Afeitado Para Tu Piel* ", reúne las características señaladas para ser tachado de desleal en cuanto a publicitario de **tono excluyente**, dado que afirma estar ante lo mejor, sin más especificación, sería tanto como exigirle que acredite una superioridad frente a todos y cada uno de los productos similares existentes en el mercado y frente a todas y cada una de las posibles consecuencias para la piel, como es la hidratación, rejuvenecimiento, tersura, tonificación, limpieza...

El mensaje no dice que se esté ante el producto que mejor hidrata o que menos irrita la piel. En anuncio se limita a señalar que de tal producto se obtendrá " *el mejor afeitado para tu piel* ", por lo que se refiere a la acción de afeitar sobre la piel, propia de toda maquinilla de afeitar, y señala valorativamente que es la mejor a tal fin.

Ello evidencia que este mensaje está formulado con un contenido puramente valorativo, meramente estimativo, como alabanza genérica, altisonante, del producto, en aspectos indisociables de su propia finalidad de conjunto, esto es, lograr una buena rasuración de pelo, pero con respeto a la piel del usuario. Ello hace que no puede estimarse que se esté ante un mensaje publicitario de **tono excluyente** desleal.

Motivo tercero: deslealtad por acto de comparación en el mensaje publicitario " Afeitado Mejor Que Mach 3 " .

(25).- *Formulación del motivo* . Señale el recurso de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, respecto al mensaje publicitario " *Afeitado Mejor Que Mach 3* ", sito en el embalaje de su producto Hydro 3, que se está ante un supuesto de **publicidad** comparativa, pero dicha acción publicitaria respeta plenamente las exigencias para estimar que la misma es leal, ya que (i).- se hace entre productos que tienen la misma finalidad, (ii).- resalta extremos pertinentes para el consumo de tales productos, (iii).- se concreta en específicas características del mismo, como son el dosificador de gel lubricante, las tres cuchillas deslizantes y las barras protectoras integradas en cada una de las cuchillas, y (iv).- resulta acreditada la veracidad de tales afirmaciones.

(26).- *Mensaje objeto de valoración* . El producto en cuestión, maquinilla manual para afeitado facial masculino, de la marca Wilkinson Sword, se presenta en un blíster de plástico transparente, como embalaje de aquel. En su anverso, en la esquina superior derecha, se indica: " *NUEVO. Afeitado Mejor que Mach 3* ", lo que aparece en letras negras sobre fondo amarillo.

En otras zonas de ese embalaje, como en su parte delantera inferior o en el reverso, se indica en varios idiomas que el producto dispone de dosificador de gel lubricante, 3 hojas con barras protectoras integradas, o que las mismas son ultra deslizantes, ello entre otras menciones, como " *comodidad sin esfuerzo* ", " *sistema de confort para la piel* ", o recomendación de uso de otros productos, como geles de afeitado de ese mismo fabricante [vd. muestra física nº 4, anexo a los autos].

(27).- *Criterios legales de lealtad concurrencial para la publicidad comparativa* . La **publicidad** comparativa es aquella que no se atiene a firmar las bondades o ventajas del producto o servicio propio del anunciante, sino que pasa a confrontar el mismo con alguno o algunos de la competencia. Ello puede hacerse explícitamente, citando en nombre del producto o del competidor con el que se compara, o implícitamente, dando datos que permiten fácilmente suponer a qué producto o competidor se está refiriendo.

Se admite como práctica comercial leal la acción publicitaria consistente en realizar una comparación pública que cite de los productos o servicios de competidores, o del propio competidor, ya sea de manera explícita o implícita, siempre y cuando tal **publicidad** se atenga a unos márgenes legalmente fijados. Fuera de ellos, dicho comportamiento deviene a la calificación de acto desleal.

En tal sentido, el art. 10 LCD señala que esta clase de **publicidad** estará permitida " *si cumple los siguientes requisitos: a) los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades; b) la comparación habrá de realizarse de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre los cuales podrá incluirse el precio (...)* ". Como se aprecia, la exclusión en estos márgenes legales de la **publicidad** comparativa en tono subjetivo, esto es, la referida a apreciaciones del producto o servicio que corresponden al parecer de cada consumidor (ej. mejor o peor sabor de alimentos o bebidas, mayor o menor confort al tacto de cada cual, etc.), supone su consideración inmediata como desleal, al no estar referida a características mensurables, tabulables de modo objetivo.



(28).- *Valoración del tribunal* . Lo básico del mensaje de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, ahora examinado, es la afirmación de que el producto Hydro 3 de Wilkinson afeita mejor que Mach 3, producto de Gillette. No cabe discusión sobre el hecho de que se está ante una **publicidad** comparativa, por cita explícita del producto de la competencia.

Tampoco existe duda acerca de que dicha comparación cumple con el requisito el art. 10.a) LCD , al referirse a productos que se emplean para la misma función, esto es, dos maquinillas manuales para afeitado masculino.

(29).- Pero ha de entenderse que tal **publicidad** no se somete a las exigencias del art. 10.b) LCD , como ha estimado la Sentencia apelada. El mensaje publicitario que contiene la mención del producto de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA se limita a señalar que el de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA es mejor para el afeitado.

Por supuesto que, como señala el recurso de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, el blíster contiene muchas más menciones, desde características del producto Hydro 3, a recomendaciones de otros productos, indicación del lugar de producción, consejos de reciclaje y similares. Por ello, la circunstancia de que tal embalaje describa las características del producto que se presenta en él, como el dosificador de gel lubricante, las tres cuchillas superdeslizantes o las barras protectoras integradas, no pueden entenderse comprendidas en el mensaje publicitario, que se resalta y se presenta en forma independiente de aquellas características.

No importa si el embalaje tendría o no que ser muy grande, como dice el recurso, para incluir comparativamente cada característica de ambos productos, ya que no se juzga la regularidad o necesidades del empaquetado, sino si el anuncio que ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA decide utilizar en el embalaje cumple con las exigencias de la comparación leal.

(30).- El anuncio afirma que el producto promocionado afeita mejor que el de su competidor. Es la acción concreta de afeitarse lo que se dice que se hace mejor. Y tal uso, afeitarse, es el único de ambos productos, maquinillas manuales para ello. Por lo tanto, se está haciendo referencia a una ventaja no mensurable respecto de toda la finalidad que tiene el producto, de modo exclusivo.

El anuncio no contiene una comparación, escueta o no, de forma individualizada de lo que ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA afirma como características diferenciales del mismo. Es decir, sería admisible que cuando se hace constar en el embalaje que las hojas de Hydro 3 son superdeslizantes, se especificase que lo son más que las de Mach 3, por ejemplo, o que el gel lubricante de aquella resulta más resbaladizo que el de ésta. Pero el anuncio prescinde de ello, y presenta, en abstracto, un producto como calificado mejor que el otro, sin remisión a medida concreta o ventaja alguna, y se dice que es mejor para el fin global del producto, afeitarse.

No resulta admisible el comportamiento de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, que primer conforma su mensaje publicitario sobre una conclusión puramente valorativa, que algo es mejor que otro, para tratar luego de acreditar tal afirmación sobre el uso del producto, con una llamada a algunas características concretas de tal producto, no comprendidas en el mensaje de comparación, sino descritas en el embalaje como caracteres del producto contenido, pero sin parangonar con las del producto de la competencia que se cita. De hecho, refuerza tal imagen de que dichas descripciones no se integran en aquella afirmación publicitaria, la circunstancia de que en la mayoría de los blísters del mercado se contiene una descripción sucinta del producto embalado.

Motivo cuarto: sobre la publicación de la sentencia .

(31).- *Exposición del motivo* . El recurso de apelación de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA censura la decisión de la Sentencia recurrida de publicar tal resolución en los diarios El País y El Mundo, ya que resulta desproporcionado, ya que la parte contraria no ha sufrido menoscabo alguno, derivado del acto de competencia desleal observado.

(32).- *Valoración del tribunal* . El tratamiento de la posibilidad de publicar la sentencia que contenga pronunciamientos de condena en materia de competencia desleal ha sufrido una alteración regulativa, que trastoca en algo el tratamiento jurisprudencial tradicionalmente hecho de esta posibilidad.

Así, la redacción original de la LCD preveía esta posibilidad en su antiguo art. 18.5 º, junto con la acción resarcitoria de daños y perjuicios, al señalar entre las acciones ejercitables la de " *resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia* ". Esta redacción quedó derogada por la reforma operada mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que dio redacción al vigente art. 32.2 LCD , el cual establece que " *en las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.ª a 4.ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora* ".



(33).- Bajo el imperio de la redacción original del art. 18 LCD , ahora derogado, la SAP de Madrid, sec. 21ª, nº 267/2004, de 1 de julio , FJ 7º , señaló que " La acción para lograr la publicación de la sentencia se configura, en el artículo 18 (acción quinta "in fine"), como un mero apéndice de la acción de resarcimiento, lo que ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina. Pues se entiende que debió de recogerse como una acción independiente (pero las enmiendas al Proyecto de Ley números 116 del Congreso y 26 del Senado, que así lo proponían, fueron rechazadas), a semejanza del sistema jurídico alemán (párrafo 23, número 1 de la UWG, según la interpretación jurisprudencial mantenida después de la reforma del año 1965), en lugar de haberse inclinado por el italiano (artículo 2.600 del Código Civil italiano) del que ya se conocían (o debían de conocerse) las duras críticas que, contra el mismo, se vertían por la doctrina de ese país. Pero es que además se rompe, innecesariamente, el sistema establecido por las leyes de Patentes (artículo 63 f), de Marcas (artículo 36 d) y de **Publicidad** (artículo 31 d) respecto a la publicación de la sentencia como medida independiente. Pero, no debe olvidarse que la publicación de la sentencia no es una sanción -por más que resulte onerosa para la parte condenada-, no se trata de un castigo a imponer al que comete un acto de competencia desleal, sino que es una medida que sólo deberá ser adoptada cuando, después de ponderar todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, aparezca como necesaria, atendiendo a los intereses y a los efectos derivados del acto desleal. Y, por ello, en el presente caso tiene que rechazarse la petición de la **publicidad** de la sentencia, ya que el acto agota su eficacia de ilícito civil en los dos competidores por el mercado, pues no es susceptible de generar confusión o asociación respecto al universo de consumidores entre los que se mueve la actividad comercial de ambas partes litigantes, quienes no tienen una comunicación directa con el público en general. Ante todo lo cual, la medida de la publicación de la sentencia, respondería más a una finalidad vengativa que aquella que le es propia y genuina, la de poner en conocimiento de los consumidores el resultado final del proceso para eliminar los efectos derivados de la actuación desleal " .

En términos igualmente estrictos se había pronunciado la SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 6 de julio de 2000 , al señalar que se " configura la publicación de la sentencia como una faceta del resarcimiento de daños, en forma específica. Por ello, no procede imponerla en aquellos casos en que no cumpla esa función instrumental, al no haberse producido daños que requieran de ese remedio " .

(34).- En la actualidad, el art. 32.2 LCD ha separado la publicación de la sentencia de la vinculación exclusiva del resarcimiento de daños y perjuicios causados por el acto de competencia desleal, y ha remitido aquella posibilidad de publicación a la estimación de la acción declarativa de deslealtad, la de cesación y prohibición de reiteración, la de remoción de los efectos, o la de rectificación de informaciones.

Ello parece acercar el tratamiento legal de esta posibilidad al otorgado a la misma cuando está prevista por las normas de tutela de la propiedad industrial, como se observa en la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, art. 71.1.e), o Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, art. 41.1.f) . Respecto de ese régimen legal, las SsTS nº 263/2017, de 3 de mayo, FJ 7º , o nº 302/2016, de 9 de mayo, FJ 19º , permiten establecer las siguientes notas:

(i).- La publicación de la sentencia no tiene un carácter necesario e imperativo que derive sin más de la estimación de la acción principal, sino que es una facultad que debe ser pedida por la parte procesal y acordada por el tribunal bajo la apreciación de sus presupuestos habilitantes.

(ii).- Tal medida no tiene un carácter sancionador, sino que debe justificarse la necesidad de acudir a dicha publicación de la sentencia.

(iii).- Ello debe ser relacionado con el alcance de la plena satisfacción de los intereses del perjudicado, que aparezcan tutelados en la ley, de forma que sirva como medio para lograr los fines de restablecimiento perseguidos en la norma. Así, en particular, con ella debe buscarse la reposición en el mercado de la posición concurrencial del competidor perjudicado, la restauración de la estructura de consumo existente antes del acto de competencia desleal, o la reparación de perjuicios causados que no resulten directamente cuantificables.

(35).- Debe recordarse que el recurso de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA se limita a tachar la decisión de la Sentencia recurrida, sobre la publicación de la resolución, de desproporcionada, pero sin aportar mayor argumentación que la falta de daño sufrido por PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA.

(36).- La proporcionalidad a la que alude el recurso es un criterio que entrará en juego una vez se haya llegado a la conclusión de que es necesario acudir a la publicación de la sentencia para alcanzar la plena tutela de los intereses del perjudicado. Este es el presupuesto de esta medida, y una vez determinada su procedencia, el criterio de proporcionalidad modulará la forma en la que se haga, en extremos tales como, v. gr., si se ha de publicar la sentencia entera o solo su fallo, o bien un extracto o resumen de ésta que el tribunal fije, o incluso una reseña expresiva hecha por el tribunal, cuál sean los lugares o los medios de comunicación en que deban publicarse, con su ámbito geográfico, si se trata de un publicación única o bien repetida, la extensión física que la publicación deba ocupar, o el lugar o momento en que tal publicación deba presentarse, etc.



Es decir, la proporcionalidad es la medida de ponderación entre la forma de divulgar la sentencia de condena que asegure la satisfacción de los intereses perjudicados, y el coste para ello a cargo del infractor, que resulte justificado para aquel fin, no más allá.

(37).- De los hechos examinados, la publicación de la sentencia en medios de comunicación se presenta como una medida adecuada para ofrecer una plena satisfacción a los intereses del perjudicado, por cuanto el acto de competencia desleal consistió precisamente en la difusión de informaciones en el mercado, a través de mensajes publicitarios, con una difusión del alcance general e indeterminado entre los consumidores. Para tratar de paliar los efectos de ese acto, realizado bajo las citadas circunstancias, aparece como un medio efectivo la difusión de la sentencia que censura dicho mensaje publicitario.

Frente a ello no se aporta por ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA razonamiento impugnatorio alguno, más allá de invocar la proporcionalidad de la condena, lo que afectará, todo lo más, a la modulación que de la misma pudiera hacerse en ejecución de sentencia, en su caso.

Motivo quinto: costas de la primera instancia .

(38).- *Formulación del motivo* . La Sentencia apelada no impone costas respecto de la demanda formulada por ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, y condena a ésta respecto de las generadas por la reconvención de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, de acuerdo con el principio de vencimiento objetivo procesal. Frente a tal decisión, el recurso de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA estima que todas deben ser impuestas a PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, dado que del recurso tiene que derivar, a su juicio, la estimación íntegra de su demanda y la desestimación de la reconvención de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA.

(39).- *Valoración del tribunal* . En cuanto a las costas impuestas por la reconvención formulada por PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, a cargo de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, de este recurso deriva la estimación solo parcial de la misma, respecto de una sola de las pretensiones reconvencionales, la referida al mensaje " *Afeitado Mejor que Mach 3* ". Dada la estimación parcial, no debe proceder condena en costas, art. 394.2 LEC .

En cuanto a las de la demanda principal, serán objeto de análisis con el resultado de la apelación interpuesta por PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA.

II.- Recurso de apelación interpuesto por PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA .

Motivo primero: examen de deslealtad del mensaje publicitario " *El Cartucho de Hojillas de Gillette es el Mejor de Todos los Tiempos* ", como acto de engaño .

(40).- *Planteamiento del motivo* . Indica el recurso de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA que no puede estimarse como acto de engaño la **publicidad** realizada mediante tal mensaje, ya que ni tiene carácter apto para gozar de ello, si se la considera como **publicidad en tono excluyente**, como ha hecho la Sentencia apelada, dado el propio contenido del mensaje, como por el contexto en que se realizó. Y así, señala el recurso, tal mensaje se encontraba en la página web de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, pero estaba enmarcado, como alocución, bajo el título de " *Por qué Fusión es Mejor que Mach 3* ", productos ambos titularidad de ésta, de modo que se ubicaba en la evolución y mejora de sus propios productos ofertados.

(41).- *Contenido del mensaje publicitario* . Dentro de la página web de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, bajo el apartado titulado " *Ciencia Gillette* ", se encontraba una pestaña con la indicación " *Por qué Fusión es mejor que Mach 3* ". Una vez pulsada dicha pestaña, comenzaba la ejecución de un vídeo, en el cual podía oírse, como voz en off, la alocución " *El Cartucho de Hojillas de Gillette es el Mejor de Todos los Tiempos* ". Durante la ejecución del vídeo, permanecía fija en la pantalla la frase escrita antes indicada, " *Por qué Fusión es mejor que Mach 3* " [acta notarial contenida en el doc. nº 3 de la contestación reconvencional, adjunta al f. 521 del tomo II de los autos].

(42).- *Valoración del tribunal (I): el mensaje que debe ser tenido en cuenta* . La Sentencia apelada ha considerado que el mensaje enjuiciado, tal cual proponía la demanda de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, era el expresivo de " *El Cartucho de Hojillas de Gillette es el Mejor de Todos los Tiempos* ", alocución que se escucha como parte del contenido de la presentación audiovisual, en la página web de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA. Y es al mensaje así considerado al que aplica el juicio de deslealtad.

(43).- Pero con ello se fracciona el contenido del anuncio de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA. Debe recordarse que se trata de una presentación audiovisual, integrada de modo conjunto tanto por los elementos visuales, como los sonoros, no únicamente por algunos de ellos. Tomada como un todo dicha presentación, la que constituye el anuncio, no es posible abstraer una parte de él para aplicar el examen de deslealtad.



Con ello se ha obviado que durante la proyección del audiovisual, se mantiene fija en la pantalla, en lugar y caracteres destacados, la frase escrita " *Por qué Fusión es mejor que Mach 3* ", durante toda la presentación del video.

(44).- Pero aún más, en la Sentencia recurrida, tal como proponía la demanda de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, se ha fraccionado incluso parte del elemento sonoro, para aislar a modo de eslogan una frase del mismo. El audio del video, tomado de modo completo, señala que " *El cartucho de hojillas de Gillette es el mejor de todos los tiempos. Los ingenieros de Gillette no solo añadieron más cuchillas a las Gillette Fusión, sino que también estrecharon el espacio entre ellas para crear una tecnología única de superficie de afeitado de 5 cuchillas. En última instancia, esta superficie de afeitado de 5 cuchillas reduce los bultos de la piel y la presión, distribuyendo la fuerza del afeitado a lo largo de cada una de las cuchillas* ".

(45).- La unidad en la que consiste la acción publicitaria, el anuncio, a enjuiciar se de valorar tomando en consideración todo su contenido, no solo un parte, en su íntegro conjunto. Es a ello sobre lo que debe aplicarse el examen de deslealtad que se impute, no solo a una parte o extracto aislado. Así se desprende de la SAP de Madrid, sec. 28ª (Mercantil), nº 175/2017, de 31 de marzo , FJ 2º , y explícitamente de la SAP de Madrid, sec. 28ª (Mercantil), nº 417/2016, de 28 de noviembre , FJ 4, prgf. 41 , al indicar que:

" *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)* ".

(46).- Valoración del tribunal (II): actos de engaño . Observado así el anuncio, no puede reputarse que se esté ante una **publicidad** de **tono excluyente** engañosa, toda vez que la afirmación de ser el mejor producto de todos los tiempos se pone en constante, directa e inmediata relación con otro producto previo de la propia PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, y no de sus competidores, por lo que no puede sostenerse que se refiere a la generalidad de todos los productos de la competencia existentes en el mercado, como haría una **publicidad** en **tono excluyente**.

(47).- De todos modos, si se observase el anuncio con el contenido fraccionado que propuso la demanda de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, como ha hecho la Sentencia apelada, muy difícilmente podría sostenerse que se tratase de una **publicidad** desleal por engañosa, de **tono excluyente**, ya que, como se señaló antes en esta resolución de apelación, solo se afirmarí una ponderación valorativa genérica, de carácter exagerado, proveniente de la propia opinión del oferente del servicio, y no una ventaja concreta y precisa del producto o servicio que permita colocarlo en una situación de verdadera preeminencia en la demanda de consumo.

Motivo segundo: publicación de la sentencia en medios de comunicación .

(48).- El siguiente motivo de recurso de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA se dirigía a combatir el pronunciamiento de publicación de la sentencia de condena en medios de comunicación. Toda vez que el pronunciamiento principal de condena no procede ya, por su revocación, tampoco puede darse lugar a la publicación de la sentencia que pretendía difundirlo.

Motivo tercero: Costas de la primera instancia .

(49).- En este punto, el recurso de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA pide la revisión del pronunciamiento de costas de la Sentencia de la primera instancia, que al estimar parcialmente la demanda inicial, no impuso condena en costas.

(50).- Si bien se toma en consideración que la pretensión de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA de calificar de desleal el mensaje publicitario de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, consistente en " *El Cartucho de Hojillas de Gillette es el Mejor de Todos los Tiempos* ", se ha desestimado, lo cierto es que la Sentencia apelada aceptó el ejercicio de la acción negatoria deducida por ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, respecto de sus dos mensajes publicitarios, uno de los cuales, al menos, ha sido considerado no desleal. Por ello, debe entenderse que existe una estimación parcial de la demanda, que de acuerdo con el art. 394.2 LEC , no dará lugar a condena en costas.

II.- Comunes a ambos recursos de apelación .

Costas procesales de la apelación .

(51).- Dispone el art. 398.2 LEC , en cuanto al criterio legal sobre imposición de costas en los recursos para el supuesto de su acogimiento, aún parcial, que " *En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación,*



extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes".

En atención a la estimación íntegra del recurso de apelación interpuesto por PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, y parcial del deducido por ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA, no procede condena en costas para ninguna parte en esta alzada.

En virtud de las razones expuestas, de las pruebas analizadas y de los preceptos citados se dicta el siguiente

FALLO

I.- Debemos estimar y estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, y parcialmente el deducido por ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA (sucedida procesalmente por EDGEWELL PERSONAL CARE SPAIN, S.L.) frente a la Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2015, del Juzgado de lo Mercantil Nº 6 de Madrid, recaída en el proceso seguido como Juicio Ordinario nº 507/2011 de tal Juzgado.

II.- Debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, en lo referente a los pronunciamientos que realizamos seguidamente:

1º.- Debemos desestimar y desestimamos la pretensión de declaración de deslealtad del mensaje publicitario "*El Mejor Afeitado Para Tu Piel*", del envoltorio del producto *Hydro 5*, de ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA (sucedida procesalmente por EDGEWELL PERSONAL CARE SPAIN S.L.) que fue deducida en la reconvenición de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, así como las peticiones de condena de cesación, retirada y publicación de sentencia, aparejadas a aquella.

2º.- Debemos desestimar y desestimamos la pretensión de declaración de deslealtad del mensaje publicitario "*El Cartucho de Hojillas de Gillette es el Mejor de Todos los Tiempos*", difundido por PROCTER & GAMBLE ESPAÑA SA, que fue deducida en demanda por ENERGIZER GROUP ESPAÑA SA (sucedida procesalmente por EDGEWELL PERSONAL CARE SPAIN, S.L.) así como las peticiones de condena de cesación, prohibición de reiteración y publicación de sentencia, aparejadas a aquella.

3º.- No procede imposición de costas procesales de la primera instancia ni por la demanda ni por la reconvenición, para ninguna de las partes procesales.

III.- Declaramos que no procede efectuar condena en costas de la segunda instancia para ninguna de las partes litigantes.

IV.- Acordamos la devolución de los depósitos realizados, en su caso, para la interposición de los recursos de apelación.

Modo de impugnación.- Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, ante esta misma Audiencia, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de modo conjunto, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación

Así por esta nuestra sentencia, que se dicta, manda y firma en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso, en nombre SM el Rey.