



Roj: **STS 1905/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:1905**

Id Cendoj: **28079110012014100206**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/04/2014**

Nº de Recurso: **3378/2012**

Nº de Resolución: **171/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 171/2014 **Fecha Sentencia** : 09/04/2014

CASACIÓN

Recurso Nº : 3378/2012 **Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimando Parcialmente **Votación y Fallo:** 13/03/2014

Ponente Excmo. Sr. D. : José Ramón Ferrándiz Gabriel **Procedencia:** Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta **Secretaría de Sala** : Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega **Escrito por** : PBM **Nota:**

Competencia desleal. Actos de denigración y obstaculización contrarios a la buena fe.

CASACIÓN Num.: 3378/2012 **Ponente Excmo. Sr. D.:** José Ramón Ferrándiz Gabriel **Votación y Fallo:** 13/03/2014 **Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 171/2014

Excmos. Sres.:

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. Antonio Salas Carceller

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

En la Villa de Madrid, a nueve de Abril de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por Ryanair, SL, representada por el Procurador de los Tribunales don Ignacio López Chocarro, contra la sentencia dictada el diez de octubre de dos mil doce, por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado número Cuatro de lo Mercantil de Barcelona. Ante esta Sala compareció el Procurador de los Tribunales don Eduardo Codes Feijoo, en representación de Ryanair Limited, en concepto de parte recurrente. Es parte recurrida Atrápalo, SL, representada por la Procurador de los Tribunales doña María José Bueno Ramírez.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. Por escrito registrado, por el Juzgado Decano de Barcelona, el diecinueve de junio de dos mil nueve, el Procurador de los Tribunales don Ángel Joaniquet Tamburini, obrando en representación de Atrápalo, SL, interpuso demanda de juicio ordinario contra Ryanair Limited.

En la mencionada demanda, la representación procesal de Atrápalo, SL alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que dicha sociedad era una agencia de viajes que, como tal, mediaba en la venta de billetes y en la reserva de plazas de todo tipo de medios de transporte. Que su labor de intermediación en las ofertas de mayor interés era onerosa, ya que cobraba por su gestión y el precio de sus servicios lo cargaba al cliente, diferenciando claramente su importe del precio del billete. Que, realmente, se trataba de una cantidad fija, no de un porcentaje del precio del billete, como demostraba con el documento aportado con el número 5 y con el dictamen aportado como documento número 6. Que, en definitiva, el consumidor no se confundía entre los dos conceptos y que el coste del billete que percibía la compañía aérea era el mismo que percibiría en el caso de que ella no mediara.

Añadió que desarrollaba su actividad por internet, realizando la labor de intermediación con sus recursos informáticos, dado que ponía a disposición de sus clientes una herramienta informática que consistía en un motor de búsqueda de vuelos. Que su actividad como agencia de viajes estaba regulada por las normas aplicables, en especial, por el Decreto de la Comunidad Autónoma de Cataluña 271/1988 y la Ley 13/2002, de 21 de junio.

Igualmente alegó que, por su parte, Ryanair Limited era una de las mayores compañías aérea " *low cost* " que operaba en Europa y que, aunque fuera una porteadora aérea, desde su sitio web - *www.ryanair.com* -, además de billetes de la compañía, se podían contratar otros servicios turísticos.

En relación con el fundamento fáctico de la demanda afirmó que, en el año dos mil ocho, Ryanair Ltd. había llevado a cabo un actividad desleal, dividida en dos fases: la primera, que comprendía la temporada de verano de dos mil ocho, se inició el once de agosto de ese año, con una campaña de declaraciones a los medios de comunicación y de publicación en la página web de Ryanair Ltd. de determinados " *términos y condiciones* ". Que, con esos comportamientos, ejecutó Ryanair Ltd. una actividad orientada a la denigración de las agencias de viajes on-line, entre ellas, Atrápalo, SL, con evidente obstaculización de sus actividades, provocando en los clientes una situación de incertidumbre y de miedo, que los llevaba a desistir de la adquisición de los servicios de mediación. Que los días diez y once de agosto de dos mil ocho, los periódicos se hicieron eco de la amenaza de Ryanair Ltd. consistente en prohibir, desde esas fechas, el embarque en sus aviones a todos aquellos usuarios que hubieran adquirido sus billetes desde la página web de una agencia de viajes on-line, lo que probaba con el documento aportado con el número 9.

Añadió que a esa amenaza siguieron una serie de declaraciones denigratorias de las agencias de viajes, que evidenciaba que Ryanair Ltd. no pensaba en cancelar los billetes, pero sí en disuadir a sus clientes del intento de adquirirlos por medio de ellas, denigrando a las mismas, tachando su actuación de ilegal y amenazando a sus clientes con cancelar los billetes no adquiridos directamente de Ryanair Ltd., lo que demostraba con los documentos aportados con los números 10 a 26.

Alegó que, siguiendo la misma estrategia Ryanair Ltd. había introducido unas condiciones generales de contratación en su página web, con una cláusula por la que se reservaba la facultad de cancelar unilateralmente cualquier reserva realizada por agencias on-line y de denegar el embarque si el pasajero no había hecho la reserva en su página web, como demostraba con el documento aportado con el número 27.

Que la segunda fase se inició en la temporada de verano de dos mil nueve, en la que Ryanair Ltd. intensificó su estrategia de engaño, denigración y obstaculización, intentando sembrar dudas sobre la legalidad de la actuación de las agencias de viajes de su tipo. Que, en particular, Ryanair Ltd. procedió a publicar en prensa sus quejas porque las autoridades españolas no habían tomado ninguna acción para evitar que Atrápalo y otras dos agencias cobrasen " *de más* ". Lo que hizo mediante declaraciones a medios de comunicación, como demostraban los documentos aportados con los números 29 a 31. Añadió que también había publicado esos anuncios en su página web, como probaba con el documento aportado con el número 32.

Y que, siguiendo la misma estrategia, Ryanair Ltd. había introducido en sus condiciones generales de contratación en su página web una cláusula por la que expresaba que las reservas de vuelos debían hacerse por medio de su web, como demostraba con el documento aportado con el número 28.

Que, en todo caso, ella no vendía vuelos de Ryanair, sino que sólo mediaba en la compra, de modo que no modificaba el precio del billete y que su actuación era plenamente legal.

Que, en resumen, Ryanair Ltd. obstaculizaba con esa estrategia el normal desarrollo de su actividad como agencia de viajes on-line, en relación con las ventas de billetes de compañías de bajo coste. Que, además,



denigraba a dichas agencias. Y que pretendía obtener ventaja ilegítima en la actividad de agencia de viajes que también desarrollaba por su parte.

Afirmó la representación procesal de Atrápalo, SL su legitimación activa y la pasiva de Ryanair Ltd., de acuerdo con los artículos 19 y 20 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal**. Y consideró cometidos por Ryanair Ltd. los actos desleales previstos en los artículos 16, apartado 1 - dado que, sin causa justificada, la demandada se negaba a prestar servicios a los consumidores que pretendieran contratar con ella asesorados por una agencia de viajes on-line -; 9 - al haberla denigrado con sus declaraciones -; 5 - al haber obstaculizado su posición en el mercado, de modo contrario a la buena fe - y 7 - al haber engañado a los destinatarios de las noticias sobre el coste de los servicios que prestaba y sobre la legalidad de su actuación -.

En el suplico de la demanda la representación procesal de Atrápalo, SL interesó del Juzgado de Primera Instancia competente una sentencia que " *estimando íntegramente la presente demanda: 1.-Declare que Ryanair Ltd. ha cometido un acto de **competencia desleal** contra Atrápalo, SL, consistente en la denigración de Atrápalo, SL. 2.-Declare que Ryanair Ltd. ha cometido un acto de **competencia desleal** consistente en la obstaculización de la actividad empresarial de Atrápalo, SL. 3.-Declare que Ryanair Ltd. ha cometido un acto de **competencia desleal** consistente en el engaño sobre el coste de los servicios de Atrápalo, SL y sobre la legalidad y legitimidad de la actuación de Atrápalo, SL. 4.-Ordene a Ryanair Ltd. cesar en la realización de declaraciones que tilden de ilícita la actividad de agencia de viajes de Atrápalo, SL. 5. Ordene a Ryanair Ltd. cesar en la publicación de anuncios, tanto en prensa, como en su página web www.ryanair.com, como en cualquier otro medio de comunicación, sobre los costes o precios que suponen los servicios de Atrápalo, SL, o sobre la legitimidad o licitud de la actividad de Atrápalo, SL. 6.-Ordene a Ryanair retirar de sus términos y condiciones de viaje y/o condiciones generales del transporte de viaje y equipaje la cláusula que establece que <todas las reservas de vuelos Ryanair han de realizarse directamente <http://www.ryanair.com/> o a través del centro de llamadas Ryanair>. 7.-Ordene y disponga la inmediata publicación a costa de Ryanair de la sentencia que en su día acoja cualquiera de las pretensiones anteriores en las páginas de información económica de los siguientes diarios de información general: El País, ABC y el Periódico de Cataluña, y en su página web (www.ryanair.com). 8.-Condene a Ryanair al pago a mi mandante de ochenta mil euros (80 000 €), en concepto de indemnización por daños morales. 9.-Condene a Ryanair al pago de las costas del presente procedimiento "*.

SEGUNDO. La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona, que la admitió a trámite por auto de ocho de julio de dos mil nueve, conforme a las reglas del juicio ordinario, con el número 514/2009.

Ryanair, Ltd. fue emplazada y se personó en el proceso representada por el Procurador de los Tribunales don Ignacio López Chocarro, el cual contestó la demanda.

En el escrito de contestación la representación procesal de Ryanair Ltd. alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que dicha sociedad era libre de decidir como organizaba la comercialización de sus productos y que, en ejercicio de esa libertad, había decidido poner fin a las vías de distribución externas por las que se vendían sus billetes, en el marco de la política de " *low cost* ", con la finalidad de ofrecer la garantía de bajo precio. Que, en definitiva, había organizado su negocio con la venta directa de sus billetes a los consumidores, por medio de su página web www.ryanair.com.

Añadió que la agencia de viajes demandante realizaba dos tipos de actividades; por un lado, ofrecía billetes de avión y otros servicios para los que estaba contractualmente habilitada, por los acuerdos pertinentes, y por otro, ofrecía billetes que usurpaba de la red, sin permiso ni autorización de clase alguna, mediante el sistema de " *screen scraping* ", con el que mediaba en la contratación de los vuelos de Ryanair, sin estar facultada para hacerlo.

Que a la vista de la demanda Atrápalo, SL parece que quiere que renuncie a su libertad de expresión y no alerte a los consumidores de los elevados costes de los servicios que presta; y que suprima de su página web la mención de que sólo autoriza la venta directa de sus billetes, exclusivamente. Que nadie puede cuestionar su facultad de decidir si permite o no el acceso a su web ni que pueda indicar donde se compran sus billetes.

Que, además, había tenido conocimiento de que una serie de páginas web llevaban a cabo esa práctica, la cual considera ilícita, puesto que, mediante ella se copia o extrae de su página web, de modo reiterado o masivo, información sobre la programación de vuelos - horarios y precios -, que se reproducen en las páginas web de los infractores.

Que las agencias aplicaban recargos o márgenes adicionales por ese servicio de mediación, como demostraba con los documentos aportados con los números 5 a 8.

Concluyó afirmando que ella tenía derecho a decidir como comercializaba sus servicios en el mercado, conforme al artículo 38 de la Constitución Española. Así como que la Comisión Europea, por resolución de



veinticinco de agosto de dos mil cuatro, había declarado que podía negarse a facilitar información de vuelos y tarifas a otra entidad; y que la autoridad irlandesa de la competencia había reconocido que su conducta era correcta desde el punto de vista de la competencia.

Que, siendo pionera en la venta directa de billetes y habiendo revolucionado el sector, resultaba totalmente injustificada la demanda, que contenía una reclamación temeraria, pues no había duda de que ejercitaba su derecho a organizar su propia política comercial.

Negó, al fin, la denigración, con el argumento de que informaba sobre los precios que las agencias cobraban a los pasajeros, sin aportar nada a los servicios ofrecidos por las compañías aéreas. Igualmente, negó el engaño sobre las prestaciones de Atrápalo y sobre los servicios de las agencias del mismo tipo.

En el suplico del escrito de contestación, la representación procesal de Ryanair Ltd. interesó del Juzgado de lo Mercantil número Cuatro una sentencia que " *desestime íntegramente la demanda* ", con imposición a la demandante de las costas procesales.

TERCERO. Celebrados los actos de audiencia previa y del juicio, practicada la prueba que, propuesta, había sido admitida, el Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona dictó sentencia en el juicio ordinario número 514/2009, con fecha dos de septiembre de dos mil diez, con la siguiente parte dispositiva: " *Fallo. Estimar parcialmente la demanda presentada por el Procurador don Ángel Joaniquet, en representación de Atrápalo, SL y, en consecuencia: a) Declarar que Ryanair Ltd. ha incurrido en actos de **competencia desleal** en el verano de dos mil ocho, amenazando con cancelar los billetes de pasajeros que los hubiera adquirido por intermediación de Atrápalo, así como acusando a dicha compañía de: <cobrar tasas ocultas>, <robar a los consumidores>, <estafar a los clientes> y <ser bastardos que dañan a los clientes>. b) Condenar a Ryanair Limited a cesar en dichos actos y no repetirlos en el futuro, a publicar el fallo de esta resolución en las ediciones nacionales de El País, el ABC y el Periódico de Catalunya, y a pagar a Atrápalo una indemnización de cuarenta mil euros (40 000 €). c) No procede hacer especial imposición de las costas* ".

CUARTO. Las representaciones procesales de Atrápalo, SL y de Ryanair Ltd. recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona dictada en el juicio ordinario número 514/2009, con fecha dos de septiembre de dos mil diez.

Las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que se turnaron a la Sección Decimoquinta, que tramitó el recurso de apelación con el número 231/2011 y dictó sentencia con fecha diez de octubre de dos mil doce, con la siguiente parte dispositiva: " *Fallo. Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Atrápalo, SL y desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Ryanair Limited, contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona, dictada con fecha dos de septiembre de dos mil diez, en los autos de que dimana el presente rollo. Confirmamos sus pronunciamientos declarativos y de condena y añadimos a ellos un nuevo pronunciamiento declarativo, con el siguiente contenido: <Declaramos que Ryanair Ltd. ha incurrido (i) en un acto de **competencia desleal** por denigración, tipificado en el artículo 9 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, con la realización de declaraciones que califican de ilícita la actividad de Atrápalo, SL, como las siguientes manifestaciones: <<vende de manera ilegal>>, <<parásitos del sector>> o <<son madera muerta>>, así como también con las siguientes declaraciones relativas al precio de los billetes de Ryanair intermediados por Atrápalo: <<cobran comisiones ilegítimas>>, <<cobran de más por el billete>>, <<inflan el precio>> o <<no entiendo como las autoridades responsables de la protección de los consumidores españoles no han tomado ninguna acción para evitar este cobro de más>>; (ii) en un acto de **competencia desleal** por obstaculización del artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, con la inclusión en los términos y condiciones de viaje o condiciones generales de transporte, viajes y equipajes, de la cláusula de que establece que <<todas las reservas de vuelos de Ryanair han de realizarse directamente en <http://www.ryanair.es> o a través del centro de llamadas de Ryanair>>. También ampliamos el pronunciamiento de condena a la cesación de las conductas relacionadas en el nuevo pronunciamiento declarativo de deslealtad>. Todo ello con imposición a Ryanair Ltd. de las costas procesales de su recurso y sin que proceda hacer especial imposición de las costas procesales correspondientes al recurso de Atrápalo, SL. No hacemos imposición de las costas procesales de la primera instancia* ".

QUINTO. La representación procesal de Ryanair Ltd. interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo número 231/2011, con fecha diez de octubre de dos mil doce.

Las actuaciones se elevaron a la Sala Primera del Tribunal Supremo, que, por auto de cinco de noviembre de dos mil trece, decidió: " *1.-Admitir los motivos primero, segundo y cuatro del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Ryanair Limited, contra la sentencia dictada, con fecha diez de octubre de dos mil doce, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta), en el rollo de apelación número 231/2011, dimanante del juicio ordinario número 514/2009 del Juzgado de Primera Instancia número*



Cuatro de Barcelona. 2.-Inadmitir el motivo tercero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ryanair Limited, contra la citada sentencia".

SEXTO. El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ryanair Ltd. contra la sentencia dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo número 231/2011, con fecha diez de octubre de dos mil doce, se compone de tres motivos admitidos, en los que la recurrente, con apoyo en la norma tercera, del apartado 2, del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia: **PRIMERO.** La infracción de la norma del artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal**, en relación con la de los artículos 38 de la Constitución Española y 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. **SEGUNDO.** La infracción de la norma del artículo 9 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal**, en relación con las de los artículos 20, 1,d) y

20.2 de la Constitución Española y 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. **TERCERO. (CUARTO en el escrito de interposición).** La infracción de la norma del ordinal quinto del artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal**.

SÉPTIMO. Evacuado el traslado conferido al respecto, la Procurador doña María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de Atrápalo, SL, impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

OCTAVO. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del

recurso el trece de marzo de dos mil catorce, en que el acto tuvo lugar. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Ramón Ferrándiz Gabriel**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los antecedentes.

Atrápalo, SL -la demandante -presta a sus clientes, como agencia de viajes, servicios de mediación en la venta de billetes y en las reservas de plaza en el transporte de personas, a cambio de una contraprestación.

Para realizar esa intermediación se sirve de recursos informáticos y, en particular, de un motor de búsqueda de vuelos que permite a sus clientes obtener información comparada de las ofertas de distintos transportistas.

Ryanair Limited, la demandada, como porteadora aérea "low cost", está interesada en contratar directamente con los viajeros, sirviéndose para ello de sus propios medios informáticos y, consiguientemente, en evitar la mediación de agencias de viajes que operan on-line, como Atrápalo, SL, porque entiende que su intervención incrementa innecesariamente el coste total del transporte, en perjuicio de sus clientes y de su oferta en el mercado.

En la demanda - interpuesta antes de que se promulgara la reforma de la Ley 3/1991, de 10 de enero, por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre -, Atrápalo, SL alegó que, en las temporadas de verano de dos mil ocho y dos mil nueve, Ryanair Ltd. llevó a cabo, contra las agencias de viajes que operan on-line, una campaña denigratoria y obstaculizadora, con declaraciones alejadas de la verdad. Por ello pretendió la declaración judicial de que la demandada había cometido los actos desleales tipificados en los artículos 5, 7, 9 y 16, apartado 1, de la Ley 3/1991, con las condenas consiguientes. II.-La sentencia de la primera declaró cometidos por Ryanair Ltd. los actos desleales tipificados en los artículos 5 y 9 de la mencionada Ley y la condenó a cesar en los comportamientos infractores, a indemnizar en los daños causados a Atrápalo, SL y a soportar el coste de la publicación de la sentencia.

El Tribunal de apelación, ante el que habían llevado el conflicto las dos partes litigantes, desestimó el recurso de Ryanair Ltd. y estimó el de Atrápalo, SL, en el único sentido de declarar que también constituían actos desleales -del mismo tipo que los ya afirmados en la sentencia apelada -, otras declaraciones y conductas que el Juzgado de lo Mercantil había calificado como intrascendentes, a tales fines. III.-Contra la sentencia de segundo grado interpuso recurso de casación Ryanair Ltd., por cuatro motivos de los que sólo tres fueron admitidos. Les damos respuesta seguidamente, siguiendo un orden distinto del señalado por la recurrente y, claro está, teniendo en cuenta la redacción de la Ley 3/1991, antes de su reforma por la Ley 29/2009.

Como se advertirá, haremos referencias a la doctrina sentada en la sentencia 167/2014, de 7 de abril, pues se dictó para un supuesto litigioso muy semejante a este, en el que también fue parte Ryanair Ltd.

Por último, respecto de las causas de inadmisibilidad del recurso de casación, alegadas por Atrápalo, SL, como recurrida -en el trámite previsto en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -nos remitimos al auto de cinco de noviembre de dos mil trece, por el que ya quedaron rechazadas.



SEGUNDO. Enunciado y fundamentos del segundo de los motivos.

Alterando el orden del escrito de interposición, por razones sistemáticas, examinamos en primer término el señalado por la recurrente como segundo. I.-El Tribunal de la primera instancia declaró que algunas frases y expresiones emitidas por quien representaba a Ryanair Ltd., referidas a las agencias de viajes on-line y publicadas en distintos medios de comunicación - durante la campaña de verano de dos mil nueve -, tales como "cobran tasas ocultas [...], roban a los consumidores [...], están estafando a los clientes [...], son bastardos que dañan a los clientes [...]", constituían verdaderos instrumentos de denigración. Mientras que otras - vertidas en la campaña de verano de dos mil ocho -, tales como "venden de manera ilegal [...], parásitos del sector [...], madera muerta [...]", había que entenderlas "dentro del contexto de enfrentamiento público entre la aerolínea y estas agencias, que no expresan más que desvaloraciones subjetivas de la actividad de las agencias on-line, más o menos afortunadas, pero que un consumidor medio entendería, sabría situar en su situación de enfrentamiento legal, que expresan una postura parcial interesada y, por ello, incapaz de menoscabar el crédito de Atrápalo".

Por su parte, el Tribunal de apelación consideró que el contenido de todas las declaraciones de Ryanair Ltd., esto es, las emitidas en las dos ocasiones, reunían los requisitos del artículo 9 de la Ley 3/1991 y, por ello, eran desleales - "las manifestaciones que la demanda imputa a Ryanair, tanto las de la campaña de dos mil ocho como las de la campaña de dos mil nueve, que califican de ilícita la actividad de Atrápalo... cumplen todos y cada uno de esos requisitos"; en particular son "inexactas, porque no está acreditado que la actora [...] realice una actividad ilegal ni tampoco que cobren un sobreprecio injustificado por el billete de avión de Ryanair [...]".

También declaró que era "incuestionable que las referidas manifestaciones permiten al consumidor identificar a la actora como destinataria de las mismas, dada su condición de agencia de viajes on-line". II.-Ante el pronunciamiento fundado en esa motivación, Ryanair Ltd., en el segundo motivo de su recurso de casación, denuncia la infracción de la norma del artículo 9 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal**, en relación con las de los apartados 1.d) y 2 del artículo 20 de la Constitución Española y los artículos 10 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y 11 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

En síntesis, alega la recurrente que, en ambas oportunidades, se había limitado a ejercitar su derecho a expresarse libremente, dando a la clientela una información que era relevante, verdadera y objetiva.

También sostiene que en sus declaraciones no mencionó nunca a Atrápalo, SL, razón por la que no cabía entender que su contenido hubiera perjudicado el crédito en el mercado de dicha sociedad.

TERCERO. Desestimación del motivo.

El artículo 9 de la Ley 3/1.991 describe como desleal la realización o la difusión de manifestaciones sobre la actividad de un participante en el mercado y sobre sus prestaciones, establecimiento o relaciones mercantiles, siempre que resulten aptas para menoscabar el crédito del mismo en aquel ámbito y no sean verdaderas, exactas y pertinentes. A.-Hemos recordado en la sentencia 167/2014, de 7 de abril, tras la 627/2010, de 26 de octubre, que el artículo 9 de la Ley 3/1.991 trata de evitar el daño causado en el mercado al crédito de un agente económico, pero no para darle directa protección, sino para asegurar, por medio de su tutela, el correcto funcionamiento concurrencial de dicho mercado.

En efecto, ese crédito lo protege la Ley 3/1.991 -ante manifestaciones que sean falsas, inexactas o impertinentes-, porque se quiere amparar el adecuado desenvolvimiento de la institución de la competencia, impidiendo que las leyes de la oferta y la demanda resulten influidas por un acto injustificado de obstaculización del competidor o, incluso, por una decisión del consumidor deficientemente formada.

La sentencia 725/2006, de 11 de julio, se refirió a los requisitos integrantes del tipo de deslealtad de que se trata, todos los cuales concurren en el caso que enjuicamos, dado el contenido de las manifestaciones públicas de Ryanair Ltd., en las dos ocasiones a que se refiere el motivo - desde este punto de vista entre unas y otras no advertimos especial diferencia -.

Es cierto que cuando el derecho de un participante en el mercado a un tratamiento exacto, veraz y pertinente de su reputación concurre con el derecho de un tercero - en este caso sería Ryanair Ltd. - a expresarse libremente, la concurrencia de normas debe ser valorada para determinar cuál de los derechos protegidos es, a la vista de las circunstancias del caso, el más digno de protección, conforme a las reglas rectoras de cada uno y, al fin, las conocidas como técnicas de ponderación y proporcionalidad.

El artículo 20, apartado 1, letras a) y d), de la Constitución Española, en relación con el artículo 53, apartado 2, del mismo texto, reconoce como fundamental -especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial -el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y a comunicar y recibir libremente



información veraz por cualquier medio de difusión. Lo propio hacen los artículos 10, apartado 1, del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y 11, apartado 1, de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

No obstante, las antes referidas técnicas de ponderación y proporcionalidad no pueden prescindir de que Ryanair Ltd. difundió expresiones insultantes que provocan objetivamente el descrédito de las personas concernidas. En efecto, las manifestaciones que, en la sentencia recurrida, se atribuyen a la ahora recurrente no constituyen una crítica de la actividad profesional de las agencias on-line, entre ellas, Atrápalo, SL, sino una descalificación injuriosa e innecesaria del comportamiento profesional, mediante expresiones que ponen en duda o menosprecian, sin más, la probidad o la ética de las mismas en el desempeño de la actividad a que se dedican. B.- Como afirma la recurrente, en sus declaraciones no mencionó a Atrápalo, SL, sino a las agencias de viajes que, como ella, operan "on-line".

Ello, sin embargo, no impide considerar cometido el acto desleal que tipifica el artículo 9 de la Ley 3/1991, ya que el Tribunal de apelación, valorando las circunstancias del caso, declaró que el menoscabo del crédito en el mercado de dicha entidad se produjo y que ello fue como consecuencia de las manifestaciones de Ryanair Ltd.

Se trata de un hecho probado que, integrante del supuesto de hecho del litigio, debe ser respetado en casación.

CUARTO. Enunciado y fundamentos del primer motivo del recurso. I.- El Tribunal de la primera instancia declaró probado que Ryanair Ltd. llevó a cabo una campaña contra la compra de billetes por medio de las agencias de viajes on-line, "amenazando en declaraciones de la prensa con cancelar los billetes emitidos por mediación de dichas agencias". También consideró demostrado que incorporó a su página web la indicación de que todas las reservas referidas a sus vuelos deberían realizarse contratando directamente con ella, con la advertencia de que "cualquier reserva de vuelos realizadas a través de otras páginas web o agencias de viaje on-line se cancelarán sin aviso y sin reembolso".

El primer comportamiento fue calificado en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil como contrario al estándar de conducta en que consiste la buena fe, en cuanto dirigido "a intimidar a los viajeros con el fin de que dejen de utilizar las agencias on-line, obstaculizando por vías de hecho y, por tanto, injustificadamente la actividad de las agencias [...]". El segundo fue considerado lícito, desde el punto de vista de la competencia, por considerar el órgano judicial que lo que no puede pretender la demandante "es que la compañía demandada esté obligada a distribuir sus productos a través de cualquier intermediario y, por lo tanto, a retirar dicha advertencia".

El Tribunal de apelación confirmó la calificación de deslealtad - y la infracción del artículo 5 de la Ley 3/1991 -, pero la hizo extensiva también al segundo comportamiento demostrado, esto es, a la inclusión por Ryanair Ltd., en sus condiciones generales de la contratación, de una cláusula referida a que "todas las reservas de vuelos de Ryanair han de realizarse directamente en <http://www.ryanair.com> o a través del centro de llamadas Ryanair". II.- Como consecuencia de la referida declaración de ilicitud, en el primero de los motivos de su recurso de casación Ryanair Ltd. denuncia la infracción del artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal**, en relación con los artículos 38 de la Constitución Española y 16 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

En síntesis, niega la recurrente haber cometido acto de obstaculización alguno en perjuicio de la demandante, al haberse limitado a implantar en la distribución de sus servicios las características del modelo de negocio que quiere; esto es, a establecer un sistema de contratación directa del transporte, con inclusión de las barreras técnicas que le permitan eludir las que considera ilegales intromisiones de las agencias tantas veces repetidas.

QUINTO. Estimación en parte del motivo.

Expusimos en la sentencia 167/2014, de 7 de abril, tras la 623/2008, de 8 de julio, que los denominados actos de obstaculización, por perjudicar la posición concurrencial de un competidor, carecen propiamente de tipicidad en la Ley 3/1991, salvo que queden integrados en otros supuestos - como los descritos en los artículos 5 o 9 de la Ley 3/1991 -.

En particular, el artículo 5 de la Ley 3/1991 - como resulta de su preámbulo -, contiene una cláusula general prevista para la represión de la siempre cambiante fenomenología de la **competencia desleal**. A tal fin, en dicho artículo se describe un tipo abierto, siguiendo el estándar de la buena fe, que en la redacción de la norma se impuso a otras valoraciones consideradas sectoriales y de inequívoco sabor corporativo, tales como la corrección profesional o los usos honestos en materia comercial e industrial - a los que se refiere el artículo 10 bis, apartado segundo, del Convenio de la Unión de París de 20 de marzo de 1883 -.

En definitiva, el artículo 5 permite calificar como desleales conductas no descritas en los demás preceptos de la Ley 3/1991, cuando, concurriendo los presupuestos sancionados en los artículos 1 a 4 de la misma, sean contrarias al modelo o estándar en que la buena fe consiste - sentencia 476/2012, de 20 de julio -.



Ello sentado, no es incorrecto calificar como contrario al modelo de conducta a que se remite el artículo 5 de la Ley 3/1991, la publicación de declaraciones que constituyen, por vías de hecho, intentos de determinar el comportamiento económico de los consumidores, mediante la advertencia de sufrir perjuicios en sus respectivas posiciones contractuales, prescindiendo de que jurídicamente merecen un tratamiento respetuoso con su condición de terceros contratantes de buena fe. Se trata de una conducta dirigida a influir en el mercado y contraria al modelo que el referido artículo trata de preservar.

No sucede lo mismo, sin embargo, con la incorporación a las condiciones generales de la contratación predispuestas por Ryanair Ltd., y destinadas a integrar los contratos de la misma con los pasajeros, de una cláusula por la que la porteadora exige que " *todas las reservas de vuelos [...] han de realizarse directamente en <http://www.ryanair.es> o a través del centro de llamadas Ryanair* ". Se trata de una previsión directamente dirigida a regular la relación jurídica entre las partes de los contratos futuros, cuya validez y eficacia está sometida a otro tipo de control.

Procede, por lo tanto, estimar en parte el motivo y casar la sentencia recurrida para dejar sin efecto el pronunciamiento de las letras (ii) de su fallo.

SEXTO. Enunciado y fundamentos del último de los motivos del recurso. I.-Las sentencias de las dos instancias declararon procedente la publicación de la sentencia, de conformidad con lo interesado en la demanda y lo dispuesto en la norma quinta del artículo 18 de la Ley 3/1991. II.-En el tercer y último motivo (admitido) de su recurso de casación, Ryanair Ltd. denuncia la infracción de la norma referida.

En síntesis, alega que la publicación de la sentencia es improcedente por no haberse acreditado que la demandante hubiera sufrido un daño que justifique la adopción de dicha medida reparadora. Y que tampoco procedería la misma si se considerara, como entiende pudo haber hecho el Tribunal de apelación, que su finalidad era la remoción de los efectos del acto desleal dado que estos no se había probado persistieran.

SÉPTIMO. Desestimación del motivo.

El Tribunal de apelación ha dado por supuesto el daño al crédito comercial de Atrápalo, SL, así como la utilidad de la medida - " *fue la demandada la que utilizó los medios de comunicación para dar relieve a sus manifestaciones* ", cuyo efecto " *aun es susceptible de permanecer en el mercado* " -.

Cabe decir que, tanto si se atribuye a la publicación un fundamento indemnizatorio - cual da a entender el texto legal que estamos aplicando - como si se considera que se trata de una medida de remoción - cual da a entender el texto legal reformado -, estaría la misma correctamente decidida.

Por otro lado, lo que pretende la recurrente es extraer consecuencias de una afirmación que es contraria a la realidad que el Tribunal de apelación declaró probada. Tal planteamiento encierra una petición de principio, que no merece alcanzar éxito en casación - sentencia 132/2011, de 11 de marzo, y las que en ella se citan -.

OCTAVO. Régimen de las costas.

La estimación en parte de uno de los motivos del recurso de casación determina, en aplicación de la norma del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a no formular pronunciamiento de condena en costas de la recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

F A L L A M O S

Declaramos haber lugar a estimar, en parte, el recurso de casación interpuesto por Ryanair Ltd. contra la sentencia dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha diez de octubre de dos mil doce.

Casamos dicha sentencia en cuanto declara que la recurrente ha cometido el acto desleal que describe en el apartado (ii) de su parte dispositiva y en cuanto condena a la ahora recurrente a cesar en la ejecución del mismo. Mantenemos el resto de los pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de la sentencia recurrida.

Declaramos no haber lugar a un pronunciamiento de condena en costas.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN

LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos



José Ramón Ferrándiz Gabriel Antonio Salas Carceller

Ignacio Sancho Gargallo Rafael Sarazá Jimena

Sebastián Sastre Papiol

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Ramón Ferrándiz Gabriel**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ