



Roj: **SAP M 17373/2009 - ECLI: ES:APM:2009:17373**

Id Cendoj: **28079370282009100303**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **30/12/2009**

Nº de Recurso: **64/2009**

Nº de Resolución: **318/2009**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00318/2009

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 64/2009

Materia: Competencia desleal.

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid

Autos de origen: Juicio Ordinario nº 103/07

SENTENCIA nº 318/09

En Madrid, a 30 de diciembre de 2009.

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 D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 64/2009, los autos del procedimiento de juicio ordinario nº 103/2007, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, el cual fue promovido por ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN contra KIRKWOOD ADVERTISING LLC y HACHETTE FILIPACCHI, S.A..

Han actuado en representación y defensa de las partes, por la apelante ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN, el Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez y la Letrada Dª Ángeles Martín García, y por la apelada HACHETTE FILIPACCHI, S.A., el Procurador D. Javier Vázquez Hernández y el Letrado D. Óscar Álvarez Mediavilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 15 de febrero de 2007 por la representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba que se dictase sentencia en la que: "1º Se declare la deslealtad del anuncio publicitario difundido del producto CIR 2000, difundido por las entidades demandadas. 2º Se ordene su cesación definitiva de la mencionada publicidad. 3º Se condene a las demandadas para que se abstengan en el futuro de realizar una idéntica publicidad. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada, por manifiesta mala fe y temeridad en las acciones indicadas".



SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes, habiéndose allanado KIRKWOOD ADVERTISING LLC a la demanda, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid dictó sentencia, con fecha 21 de julio de 2008, cuyo fallo es el siguiente: "Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por el procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN contra KIRKWOOD ADVERTISING LLC y, en consecuencia, se declara la deslealtad del anuncio publicitario objeto del presente litigio, se ordena su cesación definitiva y se condena a la demandada a que se abstenga en el futuro de realizar idéntica publicidad. Que debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la codemandada HACHETTE FILIPACCHI de los pedimentos formulados en su contra. Cada parte deberá asumir sus propias costas."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución, por la representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN se interpuso recurso de apelación, que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición por parte de HACHETTE FILIPACCHI, S.A., ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La deliberación, votación y fallo del asunto se realizó con fecha 5 de noviembre de 2009.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer del tribunal.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, excepto en lo atinente al plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente litis trae causa de la demanda interpuesta por ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN contra KIRKWOOD ADVERTISING LLC y HACHETTE FILIPACCHI, S.A. en ejercicio de las acciones declarativa y de cesación de la Ley de Competencia Desleal, con fundamento en la difusión de un anuncio publicitario de un producto denominado "Programa Integral Reforzado (CIR 2000) del "Nutri-Group" en el número 2891 de la revista "DIEZ MINUTOS", edición especial, de fecha 17 de enero de 2007, que, entiende la demandante, constituye un acto de competencia desleal. La demanda se dirige contra KIRKWOOD ADVERTISING LLC en su condición de anunciante, como autora del acto denunciado, y contra HACHETTE FILIPACCHI, S.A., editora de la revista, como cooperadora en la realización de aquel.

La sentencia de instancia estimó la demanda en cuanto a KIRKWOOD ADVERTISING LLC (habiéndose esta allanado a los pedimentos contra ella deducidos), desestimando las pretensiones formuladas contra HACHETTE FILIPACCHI, S.A., fundamentalmente con el argumento de que no podía imputársele ninguna conducta subsumible en el artículo 15.1 de la Ley de Competencia Desleal, precepto que se señala en la resolución como fundamento de las pretensiones actoras, toda vez que su intervención se había limitado a la publicación del anuncio que su cliente (KIRKWOOD ADVERTISING LLC) le había indicado, añadiendo que en la demanda "no se alegan ni fundamentan las razones jurídicas por las que deba ser condenada esta codemandada".

Contra la sentencia de instancia se alza en apelación la asociación demandante, que, insistiendo en sus planteamientos iniciales, defiende la acogibilidad de los pedimentos deducidos contra HACHETTE FILIPACCHI, S.A. con base en los siguientes argumentos: (i) En la demanda se esgrimió como fundamento material de las pretensiones actoras que el anuncio de referencia entrañaba un acto de competencia desleal, no del artículo 15.1 de la Ley especial como se indica en la resolución impugnada, sino de los artículos 15.2 y 7 de la Ley de Competencia Desleal, lo primero, por cuanto el meritado anuncio contraviene el artículo 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria; lo segundo, porque el anuncio en cuestión recoge alegaciones manifiestamente inexactas e inveraces en cuanto a las propiedades adelgazantes del producto publicitado, tal como aparecen reflejadas en el anuncio en liza, y porque, aún cuando se consiguiese acreditar las propiedades adelgazantes atribuidas al producto anunciado, el anuncio continuaría resultando apto para inducir a error al consumidor al llevar a este a la conclusión de que el adelgazamiento podría conseguirse por medio sólo de la ingesta del producto anunciado, contrariamente a lo que pone de manifiesto la ciencia médica actual, en el sentido de que únicamente una dieta adecuada acompañada del debido ejercicio físico producen procesos estables de adelgazamiento (alegaciones primera y tercera del escrito de interposición del recurso). (ii) La procedencia de los pedimentos formulados contra HACHETTE FILIPACCHI, S.A. trae causa de su condición de cooperador en la realización de los actos de competencia desleal denunciados en la demanda, mediante la difusión de la publicidad constitutiva de los mismos, todo ello de conformidad con el artículo 20 de la Ley de Competencia Desleal (alegaciones segunda y cuarta del escrito interponiendo el recurso).



A la vista de los argumentos de la parte apelante y los correspondientes contra argumentos formulados por la apelada, la resolución de la presente litis pasa necesariamente por la contestación que deba darse a las siguientes cuestiones: (i) Si efectivamente nos encontramos ante un acto de competencia desleal de los indicados por la actora/apelante. (ii) Si cabe considerar a la demandada/apelada como legítima destinataria, a título de cooperadora, de los pedimentos formulados en la demanda. (iii) Si concurren los presupuestos que la Ley de Competencia Desleal establece para la prosperabilidad de las acciones ejercitadas.

SEGUNDO.- El examen de la primera de las cuestiones apuntadas, esto es, la relativa a si la difusión del anuncio publicitario de referencia constituye o no un acto de competencia desleal de los contemplados en el artículo 15.2 y/o en el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal, exige, a la vista de los términos en que aparece delimitado el debate procesal, abordar con carácter previo dos aspectos expresamente suscitados por la parte apelada (i) al negar que la publicación del anuncio constituya una actividad de tipo concurrencial, toda vez que, en tesis de esta parte, no se trata de un acto destinado a obtener una ventaja sobre un competidor concurrente en el mercado, y (ii) al afirmar que, en todo caso, la conducta denunciada en el escrito iniciador del procedimiento habría de ser perseguida en el marco de la legislación específica en materia de publicidad, mediante el ejercicio de las acciones en ella contempladas, de cuyo ámbito subjetivo resulta excluido el medio de comunicación.

En ambos casos la respuesta procedente es contraria a lo mantenido por la parte apelada. Por lo que se refiere al primero de los aspectos señalados, la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal constituye una auténtica declaración de principios, cuando señala: "La ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal. Este deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores, para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa así a ser el objeto directo de protección (.). Esta nueva orientación de la disciplina trae consigo una apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del legislador mercantil. La nueva Ley, en efecto, se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo". De esta forma, es susceptible de constituir un acto de competencia desleal, a tenor de lo establecido en el artículo 2 de la Ley todo comportamiento que reúna dos notas: 1) que "se realice en el mercado", esto es, que tenga trascendencia externa, y 2) que se lleve a cabo "con fines concurrenciales", debiéndose entender, según reputada doctrina, que ello es predicable de toda conducta dirigida a alterar la posición de los operadores en el mercado o a influir en la formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas, precisando el meritado precepto en su apartado 2 que la finalidad concurrencial ha de presumirse cuando el acto en cuestión, atendiendo a las circunstancias que se realice, "se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero". Si dichas notas concurren, el acto es perseguible en el marco de la Ley de Competencia Desleal, sin que resulte necesaria ninguna otra condición, y concretamente, tal como se encarga de precisar el artículo 3, no es necesario que los sujetos activo y pasivo del acto sean empresarios, como tampoco resulta exigible que entre ellos medie una relación de competencia. Pocas dudas puede plantear la concurrencia de las notas señaladas en supuestos como el que aquí es objeto del debate: la promoción de un producto mediante la inserción de un anuncio publicitario en una revista de difusión general constituye un acto con manifiesta trascendencia externa, resultando igualmente evidente el carácter concurrencial del fin perseguido con el mismo (fomentar la adquisición del producto publicitado).

En lo referente al segundo de los aspectos más arriba indicados, cabe traer a colación lo que ya afirmábamos en nuestra sentencia de 24 de enero de 2008, del siguiente tenor: "En cuanto a la compatibilidad de acciones por publicidad ilícita y competencia desleal, aunque la cuestión ha sido muy discutida en la doctrina, con opiniones que abarcan desde la incompatibilidad absoluta con preferencia de la Ley General de Publicidad por su especialidad o la derogación tácita de ésta por la posterior Ley de Competencia Desleal en materia de publicidad ilícita, manteniéndose también la compatibilidad de ambas normas, lo cierto es que la polémica, en principio, ha quedado judicialmente zanjada por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 2.005, según la cual: "El ilícito publicitario puede ser al mismo tiempo un ilícito competencial, del que pueden nacer diferentes acciones incluso acumulables... En suma, las acciones por publicidad ilícita no pueden desplazar a las de competencia desleal, y el demandante puede optar por interponer aquéllas o éstas, acumularlas con respeto a los requisitos legales, o ejercitarlas alternativamente". En definitiva, el Tribunal Supremo se inclina por la tesis del concurso de acciones en contra de la tesis del concurso de normas, criterio del que no existe motivo alguno para separarse en esta resolución."

TERCERO.- Así las cosas, procede examinar si la conducta en la que se funda la demanda constituye o no un acto de competencia desleal con encaje en el artículo 15.2 de la Ley especial. En el estudio de la cuestión, conviene tener en cuenta, a modo de observación preliminar, lo afirmado en la sentencia del Tribunal Supremo 1348/2006, de 29 de diciembre, en relación con el precepto de referencia, en el sentido de que "la calificación



como desleal de la infracción de una norma no es una suerte de sanción general añadida a la prevista por la norma vulnerada, sino que supone un ilícito distinto al de la ilegalidad de la actuación, al tiempo que una sanción distinta a la prevista en la norma vulnerada, y así lo entiende un amplio y autorizado sector de la doctrina y puede deducirse de alguna decisión de esta Sala (Sentencia de 13 de marzo de 2000)".

A partir de esa premisa, ha de darse oportuna respuesta a la objeción de la demandada de que las normas a las que hace referencia el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal ("normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial"), son exclusivamente las que regulan mercados específicos, no estando comprendida en este grupo la legislación específica en materia de publicidad. Relevante doctrina se ha pronunciado en otro sentido, así, según la profesora Carolina, en el ámbito objetivo de este precepto se incluyen aquellas normas que: "(i) diseñen en cada momento la estructura del mercado relevante (esto es, que regulen el acceso, mantenimiento y salida de los operadores: sería el caso, entre otras, de aquellas leyes que regulan una actividad en régimen de monopolio o exclusiva, de las que regulan el acceso a una actividad o bien el régimen propio de elaboración y comercialización de un bien bajo una denominación de origen o una indicación de procedencia), (ii) fijen o incidan directamente en la formación de las condiciones comerciales de los operadores en un mercado (por ejemplo, en materia de precios), (iii) establezcan el modo en el que los operadores han de presentarse en el mercado (regulación en materia publicitaria, de orden general o sectorial), (iv) que regulen el modo efectivo en el que han de desenvolverse las estrategias concurrenciales (de modo singular, es el caso de la normativa de defensa de la competencia, o de la normativa ordenadora del comercio minorista)" (el destacado es nuestro). También esta Sala tiene declarado en la referida sentencia de 24 de enero de 2008, que la infracción de las normas de la Ley General de Publicidad integran la conducta del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, ya que tales normas "tienen por objeto regular la actividad concurrencial en cuanto disciplinan la promoción de bienes, servicios, derechos y obligaciones en ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional".

Sentado todo lo anterior, ha de señalarse que el anuncio que da lugar a las pretensiones actoras encaja, sin asomo de duda, en el supuesto tipificado en el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, por cuanto infringe el artículo 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria. El meritado precepto reglamentario, bajo la rúbrica "Prohibiciones y limitaciones de la publicidad con pretendida finalidad sanitaria", prohíbe "cualquier clase de publicidad o promoción directa, masiva o individualizada, de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria en los siguientes casos: (...) 2. Que sugieran propiedades específicas adelgazantes o contra la obesidad", salvedad hecha de la publicidad de especialidades farmacéuticas y productos sanitarios, que queda sometida a la normativa especial sobre esta materia. Pues bien, el anuncio cuestionado, no solo sugiere, sino que atribuye explícitamente al producto publicitado ("Programa Integral Reforzado (CIR 2000) del "Nutri-Group") específicas propiedades adelgazantes: "Descubra cómo Claudia L. perdió 24 Kg. en sólo 8 semanas (algo menos de 2 meses) sin hacer régimen, únicamente gracias a el nuevo Programa Integral Reforzado (CIR 2000)", y, en el cupón de pedido que forma parte integrante del anuncio: "Sí, quiero perder todos los kilos que me sobran con el nuevo programa Integral Reforzado (CIR 2000) del "Nutri-Group". Pocas dudas caben, pues, acerca de la procedencia de la conclusión adelantada más arriba.

CUARTO.- El anuncio que nos ocupa constituye también un acto de competencia desleal de los tipificados en el artículo 7 de la Ley especial ("actos de engaño"), toda vez que, con independencia de que el producto publicitado no se presente como medicamento (llamada al pie del anuncio, en letra pequeña), extremo este que resalta la parte apelada en su descargo, contiene aquellos enunciados susceptibles, per se o poniéndolos en relación con otros igualmente recogidos en él, de inducir a error sobre las ventajas realmente ofrecidas con el producto que se anuncia, particularmente en lo atinente a la vinculación de la consecución de los resultados atribuidos al mismo con la observancia de determinadas pautas de comportamiento comúnmente calificadas como hábitos de vida saludable, así como al carácter estable y alcance de los efectos adelgazantes pretendidamente derivados de la utilización del producto en cuestión, resultando ilustrativos a este respecto los siguientes: "Perdí tantos kilos, que mi marido llegó a decirme: "Para. Ya es suficiente". Descubra cómo Claudia L. perdió 24 Kg. en sólo 8 semanas (algo menos de 2 meses) sin hacer régimen, únicamente gracias a el nuevo Programa Integral Reforzado (CIR 2000)", en el encabezamiento, en tipo de letra destacado, y "Seguí el Programa Integral reforzado, y ello, sinceramente, sin hacer ningún régimen ni ejercicio (soy muy golosa y nada deportista)", en el cuerpo del anuncio, todo ello puesto en relación con la indicación, en la llamada al pie del anuncio, en letra pequeña, de que el producto "debe consumirse en el marco de una alimentación sana, variada y equilibrada", y, en el texto que conforma el cuerpo del anuncio, "Tengo la impresión de que este programa ha reactivado todo mi metabolismo. Si por casualidad cogiese algún kilo, no dudaría en volver a iniciarlo", así como las referencias a que el resultado está garantizado (los resaltados son nuestros).



A todo ello ha de sumarse que en modo alguno han resultado probadas a lo largo del proceso la exactitud y veracidad de las indicaciones que contiene el anuncio, lo que, por imperativo del artículo 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incumbía a la parte demandada, quien por ello ha de correr con las consecuencias de dicha falta de acreditación.

QUINTO.- La segunda de las cuestiones señaladas en párrafos precedentes como de obligado examen para la resolución de la controversia planteada es si cabe considerar a la demandada/apelada como legítimo sujeto de las pretensiones actoras. La respuesta a esta cuestión no puede ser otra que la afirmativa, a la vista de los amplios términos en que aparece configurada la legitimación pasiva en el artículo 20.1 de la Ley de Competencia Desleal, a tenor del cual "Las acciones previstas en el artículo 18 podrán ejercitarse contra cualquier persona que (.) haya cooperado en su realización (del acto de competencia desleal)", lo cual implica que la demanda puede dirigirse contra cuantos brindan cooperación a la realización de un acto de competencia desleal facilitando con sus medios propios la realización del acto en cuestión, y sin cuya cooperación el meritado acto no habría tenido lugar, con ciertas matizaciones en cuanto a la acción de resarcimiento (al exigirse, artículo 18.5ª de la ley especial, que haya mediado dolo o culpa del agente) y la de enriquecimiento injusto (artículo 20.1 in fine: "No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento"). En esta categoría entrarían (así lo considera también reputada doctrina expresamente invocada por la parte apelante) los medios de comunicación a través de los cuales se difunda publicidad ilícita o engañosa constitutiva de un acto de competencia desleal, como es el caso, independientemente de su ajenidad al contenido del anuncio publicitado o la finalidad perseguida por el anunciante, y sin perjuicio de las matizaciones procedentes por razón de la clase de acción ejercitada en el sentido anteriormente apuntado.

Cuanto antecede abona el proceder de la parte apelante al dirigir su demanda también contra la apelada.

SEXTO.- La última cuestión que debe elucidarse es la relativa a la concurrencia de los presupuestos que la Ley de Competencia Desleal establece para la prosperabilidad de las acciones ejercitadas, que la parte apelada cuestiona con fundamento en los siguientes argumentos: (i) en cuanto a la acción mero declarativa, porque al momento de interposición de la demanda no subsistía ninguna perturbación, toda vez que el anuncio no se reiteró en sucesivas publicaciones; (ii) en cuanto a la acción de cesación, porque esta está configurada para actuaciones que se mantienen durante un periodo de tiempo, no siendo este el caso, al tratarse de un solo anuncio no reiterado, habiendo cesado ya el pretendido acto de competencia desleal en el momento de interponerse la demanda; (iii) en cuanto al pedimento relativo a la condena a los demandados a que se abstengan en el futuro de realizar una idéntica publicidad, porque el artículo 18 de la Ley establece un *numerus clausus* respecto de las acciones que se pueden ejercitar a su amparo y entre ellas no encentra acomodo tal pedimento.

La acción declarativa de la deslealtad del acto requiere, por expresa disposición del artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal, que la perturbación anticompetitiva creada por el mismo subsista al tiempo del ejercicio de aquella. Se establece, pues, una clara diferenciación entre el acto y sus efectos, la perturbación creada por el mismo, siendo la subsistencia de estos últimos y no la de aquel el elemento que ha de tomarse en consideración para juzgar de la procedencia de la acción declarativa. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2005, la posible tutela mero declarativa de deslealtad en la competencia "exige como requisito de procedibilidad que en el momento de presentarse la demanda subsista la perturbación creada por la actuación que se reputa desleal, como concreción del interés en reclamar una decisión, cuyos hechos no descansan en mera retórica". En la misma línea, la sentencia del mismo Tribunal de 27 de septiembre de 1999 nos indica que: "Es posible, desde luego, que en el momento de ejercitarse la acción declarativa haya cesado el acto desleal, pero, que subsistan, sin embargo, sus efectos desleales o anticompetitivos en cuyo caso, subsiste, también, en ese momento, su perturbación. Lo que no cabe es ejercitar esta acción contra un acto desleal cuyos efectos desleales hayan cesado en el momento de interponerse la demanda. Frente a los efectos producidos (no que se estén produciendo) por el acto, sólo cabe la acción de remoción de los efectos producidos por el acto". En este sentido, los descargos de la parte apelada cobran sentido en cuanto al acto, en la medida en que, tratándose de una publicación de periodicidad semanal, no consta que después de su difusión en el número especial que salió a la venta el 17 de enero de 2007, el anuncio se haya reproducido en números posteriores, pero no en cuanto a la perturbación creada por el mismo. Ciertamente, nos encontramos ante una actuación cuyos efectos no se agotan con el acto en sí, resultando aquellos, por el contrario, potencialmente perdurables en el tiempo, perdurabilidad que deriva de la reiteración del mensaje (y por ende, de los efectos desleales o anticompetitivos de cuya subsistencia se trata) en cada acto de visualización del anuncio cuestionado, que el carácter atrasado del número de la revista en que se publicó no descarta (en puridad, únicamente podrían descartarse tales efectos si todos los ejemplares de la tirada se hiciesen desaparecer); así, la experiencia común muestra que los números atrasados de publicaciones como la que aquí sirvió como vehículo para la publicación del anuncio suelen permanecer durante un tiempo a



disposición de los usuarios y clientes de establecimientos abiertos al público (consultas médicas, peluquerías, etc.).

SÉPTIMO.- Tampoco se asumen las objeciones de la apelada a la acogibilidad de la acción de cesación ejercitada en la demanda. Siguiendo a reputada doctrina, la acción de cesación contemplada en el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal puede entrañar tanto una orden precisa de interrupción del acto desleal que se esté realizando al tiempo de la interposición de la demanda, como la prohibición de la repetición de su realización. En relación con esta última posibilidad, como señalábamos en nuestra reciente sentencia de 30 de octubre de 2009, el éxito de la acción de cesación cuando el acto ya se ha cometido exige que concurra una situación de riesgo objetivo o probabilidad de reiteración del mismo, extremo este que habrá de valorarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso. En el supuesto que nos ocupa, nada induce a pensar que, al tiempo de interposición de la demanda, el producto publicitado hubiese dejado ya de comercializarse, o que la empresa anunciante hubiese adoptado la decisión de interrumpir la actividad publicitaria o promocional del mencionado producto, resultando, por lo demás, extraño, con arreglo a parámetros de normalidad, que la estrategia comercial dirigida al posicionamiento o a la promoción de un determinado producto en el mercado se agote en un solo acto de difusión publicitaria, todo lo cual impedía descartar, al tiempo de plantearse la litis, la existencia del riesgo apuntado, lo que viene a abonar las pretensiones formuladas en la demanda.

El pedimento relativo a la condena de los demandados a que se abstengan en el futuro de realizar una publicidad idéntica a la que es objeto de denuncia en la demanda ha de entenderse como mera reiteración (la fórmula es distinta, si bien, desde el punto de vista sustantivo, el contenido técnico jurídico es idéntico) de la pretensión de cesación definitiva de la publicidad en cuestión en los términos ya señalados, por lo que ninguna relevancia cabe atribuir para la resolución de la controversia suscitada a las objeciones efectuadas en este punto por la parte apelada.

Como consecuencia de cuanto antecede, el recurso ha de ser admitido en su integridad.

OCTAVO.- La estimación del recurso comporta, en materia de costas, que: i) las derivadas de la primera instancia han de ser impuestas a la parte apelada, de conformidad con lo establecido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ii) no procede hacer expresa imposición de las ocasionadas en esta alzada, de conformidad con el artículo 398.2 del mismo cuerpo legal.

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

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

- 1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN contra la sentencia dictada el 21 de julio de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, en el procedimiento nº 103/2007 del que este rollo dimana.
- 2.- En consecuencia, revocar la referida sentencia en el extremo relativo a la absolución de HACHETTE FILIPACCHI, S.A. de los pedimentos contra ella formulados en el escrito iniciador del procedimiento, acordando en su lugar estimar dichos pedimentos y, en consecuencia, declarando la deslealtad del anuncio publicitario objeto del litigio, hacer extensivos a la referida entidad la orden de cesación definitiva de la mencionada publicidad y la condena a abstenerse en el futuro de realizar idéntica publicidad.
- 3.- Imponer a HACHETTE FILIPACCI, S.A. las costas ocasionadas en la primera instancia.
- 4.- No hacer expreso pronunciamiento condenatorio respecto de las costas derivadas de esta segunda instancia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.