



Roj: **SAP M 8855/2011 - ECLI: ES:APM:2011:8855**

Id Cendoj: **28079370282011100182**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **17/06/2011**

Nº de Recurso: **455/2010**

Nº de Resolución: **208/2011**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00208/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN Nº 455/10.

Procedimiento de origen: Juicio Verbal nº 360/07

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.

Parte recurrente: ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN

Procurador: Don Pedro Antonio González Sánchez.

Letrado: Doña Ángeles Martín García.

Parte recurrida: "HOUSEDIET, S.L.U."

Procurador: Don Carlos de Grado Viejo.

Letrado: Don Juan Guillard López.

Parte recurrida: "G Y J ESPAÑA EDICIONES, S.L."

Procurador: Don Manuel Sánchez Puelles y González-Carvajal.

Letrado: Don Miguel A. Rodríguez Andrés.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

SENTENCIA Nº 208/11

En Madrid, a diecisiete de junio de dos mil once.



La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 455/2010, interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de marzo de 2010 dictada en el juicio verbal núm. 360/2007 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN; siendo apeladas las entidades "HOUSEDIET, S.L.U." y "G Y J ESPAÑA EDICIONES, S.L.", todas ellas representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados.

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN contra las mercantiles "HOUSEDIET, S.L.U." y "G Y J ESPAÑA EDICIONES, S.L." en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba:

"1º.- Declare la deslealtad de los anuncios publicitarios de los productos y de los centros de NATUR HOUSE, difundidos por la entidades demandadas, y,

2º.- Se Ordene la cesación definitiva de la mencionada publicidad, todo ello,

3º.- Con expresa imposición de las costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid dictó sentencia, con fecha 18 de marzo de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por el procurador D. Pedro Antonio González Sánchez en nombre y representación de LA ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE COMUNICACIÓN, contra HOUSEDIET, S.L.U. y G Y J España Ediciones Sociedad Limitada en C., ABSOLVIENDO a los demandados de los pedimentos formulados en su contra con expresa condena en costas a la parte."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte actora se interpuso recurso de apelación al que se opuso la parte demandada. Admitido el recurso por el juzgado y tramitado en forma legal, 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 de su clase, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 16 de junio de 2011.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN formuló demanda contra las mercantiles "HOUSEDIET, S.L.U." y "G Y J ESPAÑA EDICIONES, S.L.", ejercitando las acciones declarativa y de cesación de actos de competencia desleal como consecuencia de la difusión por la mercantil "HOUSEDIET, S.L.U." de dos anuncios publicitarios en la revista MIA, editada por la codemandada "G Y J ESPAÑA EDICIONES, S.L."

En el nº 1062 de la revista MIA publicada en el mes de enero de 2007, "HOUSEDIET, S.L.U." insertó un anuncio publicitario en que junto a la imagen de dos personas -un hombre y una mujer- y una cinta métrica, cortada por una tijera, al que se anuda una pesa, se incluye el siguiente texto: "NATUR HOUSE. Nutrición y Dietética", destacando la siguiente leyenda: "CORTA con el SOBREPESO" y a continuación: "¡Siempre hay un antes y un después!. Más de 1.000.000 de personas ya han cortado con el sobrepeso gracias a NATUR HOUSE". Además, en la pesa anudada a la cinta métrica, de gran tamaño y destacando especialmente el número de kilos que se dicen reducidos, se lee: "José Luis 36 Kg menos. Begoña 30 Kg menos" y sobre las cabezas de las dos personas que aparecen en la imagen se incluye el siguiente testimonio entrecorinado y en cursiva: "Físicamente, me encuentro mucho mejor y me canso menos" (sobre la cabeza del varón) y "Ahora me encanta ir de tiendas porque encuentro tallas para mí" (sobre la cabeza de la mujer). También aparece en el anuncio una fotografía de un escaparate de una tienda NATUR HOUSE en el que se muestran distintos productos que no pueden identificarse y debajo de la fotografía el siguiente texto: "Siéntete Naturhouse, cada día más cerca de ti. Llama sin compromiso al 902 15 14 14 y descubrirás la manera de estar y sentirte mejor". Por último, en la parte superior derecha se representa un sello con la siguiente leyenda: "más de 1.200 centros. VISITAS GRATUITAS. NATURHOUSE" y en la parte inferior los números de teléfono de NATURHOUSE en distintos países y la dirección de la página web: www.naturhouse.com (documento nº 5 de la demanda).



El segundo de los anuncios objeto de la demanda fue publicado en el nº 1.065 de la revista MIA, correspondiente a la primera semana del mes de febrero de 2007 y se encabeza con la siguiente mención: "NATUR HOUSE. Nutrición y Dietética". A continuación se incluye la fotografía en primer plano de distintos hombres y mujeres, jóvenes, saludables y todos muy sonrientes, así como la fotografía del escaparate de un establecimiento NATUR HOUSE, también incluida en el anterior anuncio pero de menor tamaño. Debajo de las fotografías se recoge el texto siguiente: "Más de 1.000.000 de personas ya han cortado con el sobrepeso gracias a NATURHOUSE", destacando especialmente la mención reproducida en cursiva al hacerse con letras blancas sobre un recuadro rojo. Por último, en la parte inferior del anuncio se reproduce el sello que también se incluía en el anterior anuncio, así como los números de teléfono de NATURHOUSE en el mundo, la dirección de la página web y la leyenda, también incluida en el otro anuncio: "Llama sin compromiso al 902 15 14 14 y descubrirás la manera de estar y sentirte mejor".

La parte demandante y ahora apelante considera que la descrita publicidad integra actos de competencia desleal por infracción de normas que tienen por objeto regular la actividad concurrencial (artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal) y de engaño (artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal).

Concretamente, respecto del ilícito concurrencial del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, la parte actora identifica con norma infringida el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, en la medida que promociona los centros y productos NATUR HOUSE atribuyéndoles propiedades adelgazantes, con infracción de su artículo 4.2; se hace promoción de centros de adelgazamiento sin que la publicidad se ajuste a la correspondiente autorización sanitaria, con infracción del artículo 6; y se aportan testimonios de pacientes reales o supuestos como medio de inducción al consumo, con infracción del artículo 4.7 del reseñado Real Decreto.

La sentencia apelada desestima la demanda al considerar, en esencia, que en la medida en que no se publicitan medicamentos o productos de naturaleza sanitaria o similares, resulta de aplicación el Real Decreto 1275/2003, de 10 de octubre, relativo a los complementos alimenticios, vigente al tiempo de difundirse la publicidad y hoy derogado por el Real Decreto 1487/2009, de 26 de septiembre. Por lo demás, rechaza que se haya "llevado a cabo acto de engaño alguno que atente contra la legislación, en especial el tan citado artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal", haciendo propias las conclusiones del dictamen del profesor Lema Devesa, catedrático de Derecho Mercantil, a quien se atribuye la condición de perito y a su dictamen de informe pericial, considerando que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, a la vista de la publicidad no podrá concluir que los centros NATUR HOUSE y los productos que en ellos se encuentran constituyen remedios milagrosos que permiten adelgazar sin necesidad de adoptar ulteriores medidas, por el contrario, el prototipo de consumidor así definido entenderá que en dichos centros se pueden encontrar productos dietéticos y recibir asesoramiento sobre hábitos de alimentación.

Frente a la sentencia se alza la parte actora que pretende su revocación, insistiendo en la concurrencia de los dos ilícitos concurrenciales denunciados, todo ello en virtud de las alegaciones que serán examinadas a continuación a lo que se oponen las demandadas que solicitan la confirmación de la sentencia.

Dada la modificación operada por la Ley de 30 de diciembre de 2009 en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley General de Publicidad, se precisa que todas las menciones de ambos textos legales se harán a la redacción, incluida la numeración, vigente al tiempo de emitirse la publicidad, al ser la aplicable al supuesto de autos por razones temporales.

SEGUNDO.- En primer término, aunque se alude en varias de las alegaciones efectuadas en el escrito de interposición del recurso de apelación, se denuncia la incongruencia de la sentencia por resolver sobre una cuestión distinta a la planteada al fundamentar la desestimación de la demanda en el hecho de que los productos promocionados por la entidad "HOUSEDIET, S.L.U." no son medicamentos cuando la actora nunca había efectuado tal afirmación sino que, por el contrario, siempre ha mantenido que no lo son. Además, la resolución, al admitir que no se trata de medicamentos sino de productos alimenticios, es incongruente al no aplicar el régimen jurídico que para su publicidad establece el Real Decreto 1907/1996. Por último, se tacha de incongruente a la resolución apelada por el hecho de haber omitido todo pronunciamiento sobre la infracción del artículo 6 del Real Decreto 1907/1996 sobre la publicidad de los centros de adelgazamiento, sin que tampoco se pronuncie sobre la infracción del artículo 4.7 del citado Real Decreto, en tanto que la publicidad presenta el testimonio de personas y pacientes que narran cómo han adelgazado gracias a NATUR HOUSE.

Conforme a reiterada jurisprudencia, el deber de congruencia consiste en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicios de los



escritos fundamentales rectores del proceso y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose tampoco, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida sino más bien racional y flexible (sentencias de 15 de diciembre de 1995, 4 de mayo de 1998, 31 de mayo de 1999, 31 de octubre de 2001 y 1 de marzo de 2.007, entre otras muchas). De este modo, para determinar la incongruencia se ha de acudir necesariamente al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda y los términos en que se expresa el fallo combatido (sentencias de 22 de abril de 1988, 14 de noviembre de 1990 y 25 de enero de 1994), estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer un ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, siempre que se respete la causa de pedir, que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras (sentencias de 23 de diciembre de 1993 y 5 de mayo de 1998), pero sin que su exigencia alcance a los razonamientos alegados por las partes o por el Tribunal (sentencias de 20 de junio de 1986, 19 de marzo de 1990, 25 de septiembre de 2006 y 1 de marzo de 2007).

Con mayor precisión aún, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2010 indica que: "El deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre fallo y las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum (petición) y la causa petendi (causa de pedir), es decir, el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora, tal como aparecen formulados en la demanda (SSTS de 7 de noviembre de 2007 y 14 de mayo de 2008, y no resulta vulnerado si se utilizan con carácter complementario o auxiliar argumentaciones sobre cuestiones no planteadas por las partes (SSTS de 24 de julio de 2007, 13 de diciembre de 2007, 6 de mayo de 2008, 13 de febrero de 2007, STS 23 de julio de 2007, 18 de junio de 2008)", añadiendo a continuación: "La máxima iura novit curia (el tribunal conoce el Derecho) permite al tribunal fundar su decisión en preceptos jurídicos distintos de los invocados cuando no se alteren sustancialmente los hechos que fundamentan la pretensión (SSTS de 6 de marzo de 2007, 18 de junio de 2007, 8 de noviembre de 2007, 5 de diciembre de 2007, 22 de enero de 2008) y solo puede entenderse vulnerado el principio iuxta allegata et probata (según lo alegado y probado) y excedido el principio iura novit curia (el tribunal conoce el Derecho) cuando se estima la demanda apoyándose en fundamentos - siempre que sean determinantes del fallo- diversos de los alegados (STS de 29/05/2006)".

Por otra parte, como enseñan las sentencias del Tribunal Supremo de 11 y 24 de julio de 2007, la primera con cita de las sentencias del mismo tribunal de 26 de julio de 1994, 25 de enero de 1995, 24 de enero de 2001 y 29 de septiembre de 2003, las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada, lo que sería predicable del pronunciamiento ahora analizado, desestimatorio todas las pretensiones de la demanda, no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas, salvo determinadas excepciones, como cuando el demandado se hubiera conformado total o parcialmente con las pretensiones de la actora, se dejaran de resolver peticiones oportunamente deducidas por los litigantes, se alterase la causa petendi o el supuesto fáctico de la cuestión debatida, o se transformase el problema litigioso, y cuando la absolución se produjera por haberse apreciado una excepción no alegada ni susceptible de apreciación de oficio, o se utilizasen argumentos distintos de los alegados por las partes en el caso de ocasionarse indefensión.

La aplicación de la anterior doctrina al supuesto de autos conduce a rechazar el vicio de incongruencia que se imputa a la sentencia apelada en tanto que ésta se limita a desestimar la demanda y lo hace sin alterar el problema litigioso. Sencillamente, desestima la demanda porque considera que los productos que comercializa y publicita la demandada "no sale(n) del ámbito de la esfera alimentaria ordinaria quedando regulados al amparo de la normativa relativa ha (sic) dicho ámbito alimentario, cual es el Real Decreto 1275/2003, de 10 de octubre, relativo a complementos alimenticios". En definitiva, considera que no es aplicable el Real Decreto 1907/1996, lo que ya justifica el rechazo del ilícito concurrencial del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal cuando, precisamente, se invocaba como norma infringida dicho Real Decreto en sus artículos 4.2, 4.7 y 6, añadiendo que los centros NATUR HOUSE son centros de nutrición y dietética que no ofrecen productos o remedios milagrosos que permitan adelgazar sin adoptar ulteriores medidas, rechazando, en consecuencia, la concurrencia de actos de engaño desleales.

Será o no acertada y podrá o no aceptarse la valoración de la prueba y la aplicación que de las normas jurídicas se efectúa en la sentencia apelada pero no resulta incongruente al desestimar la demanda sin alterara el supuesto fáctico de la cuestión debatida ni transformar el problema litigioso.

TERCERO.- Antes de entrar a examinar el resto de las alegaciones de la parte apelante, conviene dejar zanjada la objeción planteada por ambos apelados que consideran que como consecuencia del acogimiento de la excepción de inadecuación de procedimiento opuesta por "HOUSEDIET, S.L.U." al contestar a la demanda y transformarse, en la audiencia previa, el juicio ordinario en un juicio verbal, ya no pueden analizarse las acciones de competencia desleal planteadas en la demanda y cuyo acogimiento se postula en el recurso previa revocación de la sentencia apelada, en tanto que el objeto del proceso ha quedado reducido a la denuncia por



publicidad ilícita, todo ello de conformidad con los artículos 249.1.4º y 250.1.12º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El planteamiento es absurdo e inadmisibile. En la demanda se ejercitaron las acciones declarativa y de cesación de actos de competencia desleal cometidos con ocasión de la difusión de determinados anuncios publicitarios, todo ello de conformidad con los artículos 7, 15 y 18 de la Ley de Competencia Desleal sin ejercitar las acciones -entonces previstas y hoy suprimidas- en la Ley General de Publicidad. La transformación del procedimiento no transmuta la naturaleza de las acciones ejercitadas y, además, como no podía ser de otra forma, la sentencia apelada ha rechazado la demanda analizando si concurrían o no los ilícitos concurrenciales invocados en la demanda.

En todo caso, el artículo 250.1.12º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ordena que se sustancien por los trámites del juicio verbal las demandas que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, sin restringir su ámbito de aplicación al ejercicio de la acción de cesación fundada en el artículo 25 de la Ley General de Publicidad, hoy derogado, al haberse unificado el régimen de acciones remitiéndose el vigente artículo 6 de la Ley General de Publicidad a las acciones de la Ley de Competencia Desleal. En consecuencia, ejercitada por una asociación de consumidores y usuarios, en defensa de los intereses difusos de los consumidores, la acción de cesación de determinada publicidad por considerar que integraba determinados ilícitos concurrenciales, el juzgado entendió que debía sustanciarse por los cauces del juicio verbal.

Es cierto que el artículo 249.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ordena que se sustancien por el juicio ordinario las demandas en materia de competencia desleal, como también las de publicidad, salvo que se trate de meras reclamaciones de cantidad que se tramitarán por el procedimiento que corresponda a la cuantía, lo que no impide que cuando se ejercite la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores el procedimiento deba sustanciarse por los trámites del juicio verbal (artículo 250.1.12º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En definitiva, las únicas acciones ejercitadas y juzgadas en la sentencia son la declarativa de deslealtad de la publicidad en tanto que acto de competencia desleal y la de cesación, por lo que la pretensión de que se desestime el recurso porque la transformación del procedimiento impiden que prosperen las acciones de competencia desleal no se sostiene y resulta manifiestamente infundada.

CUARTO.- La entidad apelada "G Y J ESPAÑA EDICIONES, S.L." también opone la improsperabilidad del recurso de apelación porque, en todo caso, debía desestimarse la demanda por la incompatibilidad de las acciones fundadas en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley General de Publicidad, excluyendo la Ley General de Publicidad a la Ley de Competencia Desleal.

Este tribunal ya se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la compatibilidad del régimen de acciones por publicidad ilícita y competencia desleal bajo el régimen anterior a la reforma operada en ambos textos legales por la Ley de 30 de diciembre de 2009 y que ha sido unificado en virtud de esta última modificación al derogar las acciones previstas en el título IV de la Ley General de Publicidad y remitirse el nuevo artículo 6 a las acciones propias de la Ley de Competencia Desleal.

En todo caso, bajo el régimen legal aplicable al supuesto enjuiciado, las sentencias de este tribunal de 24 de enero de 2008 y 30 de diciembre de 2009 indicaban en cuanto a la compatibilidad de acciones por publicidad ilícita y competencia desleal que aunque la cuestión había sido muy discutida en la doctrina, con opiniones que abarcaban desde la incompatibilidad absoluta con preferencia de la Ley General de Publicidad por su especialidad o la derogación tácita de ésta en materia de publicidad ilícita por la posterior Ley de Competencia Desleal, manteniendo otras la compatibilidad de ambas normas, lo cierto es que la polémica, en principio, quedó 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 inclinó 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, por lo que debe rechazarse la alegada improsperabilidad de las acciones de competencia desleal por tener que haberse ejercitado la acción de cesación con fundamento en la Ley General de Publicidad.

QUINTO.- El tribunal no comparte la valoración de la prueba ni la aplicación de las normas jurídicas efectuada en la sentencia apelada y que condujeron a la desestimación de la demanda en tanto que sí apreciamos la concurrencia de los ilícitos concurrenciales denunciados en la demanda.



En los anuncios publicitarios litigiosos se promocionan tanto los establecimientos NATUR HOUSE como los productos que en los mismos se dispensa hasta el punto de que en ambos anuncios se incluye una fotografía de un establecimiento en el que se observan productos expuestos en el escaparate aun cuando no se haga publicidad de un concreto y determinado producto, pero sí se hace con carácter general o, al menos, indirectamente de los productos y servicios que se prestan en los establecimientos NATUR HOUSE.

Por lo demás, conviene tener presente que no se trata de enjuiciar la naturaleza de la actividad o de los productos que realmente se prestan o se dispensan en los establecimientos NATUR HOUSE sino de analizar, exclusivamente, el contenido de los mensajes publicitarios que son objeto del presente procedimiento.

También conviene aclarar desde este momento, dadas las continuas alusiones que se efectúan al dictamen de don Carlos Lema Devesa, que, aun reconociendo la indudable autoridad jurídica de su autor, eminente catedrático de Derecho Mercantil, debería ser una obviedad que no pueden ni deben facilitarse al juez los conocimientos jurídicos a través de la prueba pericial y que los dictámenes jurídicos que puedan aportar las partes no tienen otro valor que el meramente alegatorio en cuanto que son asumidos por la parte que los presenta.

En todo caso, a pesar de que el dictamen se emite como tal dictamen jurídico y no como dictamen de perito para su aportación a un proceso judicial como prueba y, en consecuencia, sin las menciones que exige el artículo 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo cierto es que se admitió como prueba pericial y no se ha planteado en esta instancia su indebida admisión ni como prueba pericial, por lo ya expuesto, ni como documental, por extemporánea, en tanto que no se acompañó a la contestación a la demanda sino con posterioridad bajo la cobertura formal del artículo 337.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - cuando en realidad no encubre sino una ampliación de la contestación a la demanda-, por lo que no cabe cuestionar ahora la admisión de dicho medio de prueba, lo que no impide a este tribunal valorar en su justa medida dicho informe y sin que la opinión del reseñado jurista, sin duda autorizada, pueda sustituir la labor de la valoración de la prueba que corresponde al juzgador y menos aún la de aplicación del derecho a los hechos controvertidos.

Precisado lo anterior, el tribunal considera, en contra de lo sostenido en tal dictamen, que en los anuncios litigiosos se atribuyen espectaculares propiedades adelgazantes a los productos y/o servicios que se dispensan en los establecimientos NATUR HOUSE hasta el punto de que en el primero se afirma que una persona, José Luis, ha adelgazado 36 kilogramos y que otra persona, Begoña, ha adelgazado 30 kilogramos, cuyas imágenes se reproducen en el anuncio y, en el segundo, se afirma que más de un millón de personas ha cortado con el sobrepeso, mención también recogida en el primero de los anuncios aunque de forma menos destacada.

En los expresados anuncios no se publicita que la pérdida de peso se va a conseguir mediante la planificación y seguimiento de una dieta equilibrada y la realización de ejercicio físico, ni existe indicio alguno de que así pudiera entenderlo un consumidor medio de los productos de que se trata, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, por la mera mención debajo de la marca NATUR HOUSE de la expresión "Nutrición y Dietética" y menos aún que no se pretenda vender producto alguno en los referidos establecimientos, por el contrario, sí deducirían que en dichos establecimientos se venden productos como los que se ven en el escaparate de la fotografía de cuya naturaleza, composición y propiedades no se suministra información alguna, salvo que permiten adelgazar, dada su capacidad para cortar el sobrepeso, en ambos anuncios, o rebajarlo de forma extraordinaria pues como ya hemos apuntado se afirma en el primero que dos personas han perdido 34 y 30 kilos, respectivamente.

En consecuencia, en contra del criterio de la sentencia apelada, precisamente por no ser medicamentos, sí resulta de aplicación el artículo 4.2 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria.

El artículo 1 del citado Real Decreto señala que: "Las Autoridades sanitarias y demás órganos competentes en cada caso, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley General de Sanidad, las disposiciones especiales aplicables en cada caso y lo establecido en este Real Decreto, controlarán la publicidad y promoción comercial de los productos, materiales, sustancias, energías o métodos que se anuncian o presentan como útiles para el diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades o desarrollos fisiológicos, adelgazamiento, modificación del Estado físico o psicológico, restauración, corrección o modificación de funciones orgánicas u otras pretendidas finalidades sanitarias, para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma" (énfasis añadido).

Como se deduce de la mera lectura del precepto, el adelgazamiento se incluye expresamente entre las pretendidas finalidades sanitarias y la publicidad de los productos o métodos que se anuncian o presentan como útiles para el adelgazamiento tienen, por ello, una pretendida finalidad sanitaria.



Por su parte el artículo 4.2 del Real Decreto 1907/1996, señala: "Salvo lo establecido en el artículo 3.1 de este Real Decreto (especialidades farmacéuticas y productos sanitarios), queda prohibida cualquier clase de publicidad o promoción directa o indirecta, 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".

El citado precepto prohíbe la publicidad, entre otros, de cualquier producto o método, con pretendida finalidad sanitaria, que no sea un medicamento, que sugiera propiedades adelgazantes o contra la obesidad, norma que infringe la publicidad aquí cuestionada en la medida en que, como hemos afirmado, se promocionan productos o servicios que permiten adelgazar 34 o 30 kilos o cortar con el sobrepeso, sin que en modo alguno se publiciten productos dietéticos y menos que en los establecimientos NATUR HOUSE se comercialicen complementos alimenticios, como afirma la entidad "HOUSEDIET, S.L.U.", entonces regulados por el Real Decreto 1275/2003, de 10 de octubre, relativo a los complementos alimenticios (hoy derogado por el Real Decreto 1487/2009, de 26 de septiembre), cuyo artículo 2 los definía como: "productos alimenticios cuyo fin sea complementar la dieta normal y consistentes en fuentes concentradas de nutrientes o de otras sustancias que tengan un efecto nutricional o fisiológico, en forma simple o combinada, comercializados de forma que permitan una dosificación determinada del producto y que deben tomarse en pequeñas cantidades unitarias". En todo caso, a los complementos alimenticios tampoco se les puede atribuir propiedades adelgazantes, además de no tenerlas. Por lo demás, dicho Real Decreto ni siquiera era de aplicación a los preparados alimenticios destinados a una alimentación especial regulados por el Real Decreto 2685/1976, de 16 de octubre, por el que se aprueba la Reglamentación técnico-sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de preparados alimenticios para regímenes dietéticos y/o especiales ni a los productos alimenticios destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso, regulados por el Real Decreto 1430/1997, de 15 de septiembre.

Además, en el primero de los anuncios se recoge el testimonio de dos supuestos clientes de los establecimientos NATUR HOUSE que han logrado reducir su peso en 34 y 30, respectivamente, por lo que dicho anuncio infringe también el apartado 7 del artículo 4 del Real Decreto 1907/1996, que prohíbe cualquier clase de publicidad o promoción directa o indirecta, masiva o individualizada, de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria cuando "pretendan aportar testimonios de profesionales sanitarios, de personas famosas o conocidas por el público o de pacientes reales o supuestos, como medio de inducción al consumo".

Por el contrario, aunque es irrelevante al ser la publicidad cuestionada constitutiva de un ilícito concurrencial del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal por la ya expuesto, el tribunal considera que no resulta de aplicación el artículo 6 del Real Decreto 1907/1996. Dicho precepto establece: "1. La publicidad y la información de los centros o establecimientos sanitarios y de los centros de belleza, adelgazamiento, tratamiento o desarrollo físico o estético, así como de los servicios y prestaciones que realizan deberá ajustarse al contenido de la autorización sanitaria de tales centros o establecimientos. 2. Cualquier otro tipo de publicidad de tales centros, servicios o establecimientos requerirá la autorización previa y expresa de las autoridades sanitarias."

El objeto de Real Decreto 1907/1996 es regular la publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria y no la de establecer los centros o establecimientos cuya actividad exige contar con una autorización sanitaria que es objeto de regulación en la correspondientes normas de las comunidades autónomas de conformidad con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

Desde luego, no resulta de los autos que los establecimientos NATUR HOUSE sean centros o establecimientos sanitarios ni que deban contar con autorización sanitaria, en consecuencia, no puede estimarse infringido el artículo 6 del Real Decreto 1907/1996 que lo que prohíbe es que la publicidad no se ajuste al contenido de la autorización sanitaria o que, respecto de lo que no contemple la misma, no se cuente con autorización previa y expresa de las autoridades sanitarias.

En todo caso, en la medida en que la publicidad difundida por las demandadas infringe los artículos 4.2 y 7 del Real Decreto 1907/1996, constituye publicidad ilícita de conformidad con el artículo 3. e) de la Ley General de Publicidad, en su redacción aplicable al supuesto de autos por razones temporales, integrando el ilícito concurrencial del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal que considera como tal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto regular la actividad concurrencial

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 1348/2006, de 29 de diciembre, en relación con el precepto de referencia, señala 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)".

Por otra parte, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este tribunal en sentencias de 24 de enero de 2008 y 30 de diciembre de 2009, la infracción de las normas que regulan la 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.

SEXTO.- En todo caso, los anuncios objeto del presente procedimiento constituyen ilícitos concurrenciales de engaño tipificados en el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal en su redacción anterior a la Ley de 30 de diciembre de 2009, conforme al cual se considera desleal la utilización de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo y cantidad de los productos y en general sobre las ventajas realmente ofrecidas.

En el dictamen jurídico aportado y admitido como prueba pericial se prescinde de analizar si en la publicidad se recogen alegaciones falsas pues se afirma que, según la información que fue facilitada al jurista dictaminador admitido como perito, todas las alegaciones que se recogen en la publicidad son exactas, encontrándose el anunciante en condiciones de acreditar su veracidad.

En los anuncios objeto del litigio se afirma rotundamente que "más de 1.000.000 de personas ya han cortado con el sobrepeso gracias con NATUR HOUSE" y, además, en el primero de los anuncios se afirma que dos personas han perdido respectivamente, 36 y 30 Kilos, sin que la parte demandada, a quien incumbe la prueba (artículo 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), haya acreditado la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones incluidas en los mensajes publicitarios susceptibles de inducir a error a los consumidores y aptas para influir en su conducta o en la determinación de sus preferencias por lo que dicha publicidad integra actos de competencia desleal de engaño tipificados en el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal.

SÉPTIMO.- Los actos desleales que aquí se declaran no sólo son imputables a la entidad "HOUSEDIET, S.L.U." en tanto que es responsable y ha ordenado la inserción de la publicidad que integra los ilícitos concurrenciales que aquí se declaran sino también a la editora de la revista en que se ha insertado la publicidad, la entidad "G Y J ESPAÑA EDICIONES, S.L.", en calidad de cooperador.

La editora de la revista en tanto que medio de publicidad rechaza que pueda gozar de legitimación pasiva, como cooperadora, para soportar las acciones que se ejercitan con fundamento en la Ley de Competencia Desleal como consecuencia de ilícitos publicitarios, sin embargo, tal cuestión ya ha sido resuelta en sentido afirmativo por este tribunal en su sentencia de 30 de diciembre de 2009, 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 (actualmente, artículo 34), a tenor del cual: "Las acciones previstas en el artículo 18 (ahora, artículo 32) 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, sin perjuicio de las particularidades que han de observarse en cuanto a la acción de resarcimiento (al exigirse, artículo 18.5ª -ahora 32.1.5ª- de la Ley de Competencia Desleal, que haya mediado dolo o culpa del agente) y la de enriquecimiento injusto (artículo 20.1 in fine -ahora 34.1 -: "No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento"). En esta categoría entrarían los medios de comunicación a través de los cuales se difunde publicidad ilícita constitutiva de un acto de competencia desleal, 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.

Por otra parte, ejercitadas las acciones declarativa de deslealtad y de cesación fundadas en la Ley de Competencia Desleal y no la de cesación de publicidad ilícita con fundamento en la Ley General de Publicidad, resulta estéril el esfuerzo realizado por el apelado para defender su falta de legitimación como medio de publicidad frente a las acciones ejercitadas con fundamento en la Ley General de Publicidad.

OCTAVO.- En el escrito de oposición formulado por la

entidad "G Y J ESPAÑA EDICIONES, S.L." se alega, con cita de la sentencia de este tribunal de fecha 30 de octubre de 2009 y del auto de fecha 22 de marzo de 2010, que en todo caso resultan improsperables las



acciones declarativas de deslealtad del acto y de cesación "porque ambas acciones exigen la persistencia de ésta y sus efectos" sin aclarar en qué consiste "ésta". En todo caso, si se refiere a la subsistencia de la perturbación como requisito de la acción declarativa y al riesgo objetivo de continuación o de repetición del acto como requisito de la acción de cesación, dicho obstáculo constituye una cuestión nueva que no puede introducirse en segunda instancia (artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, además, teniendo en cuenta la proximidad entre la publicidad difundida (enero y febrero de 2007) y la fecha de presentación de la demanda (13 de abril de 2007), así como la intensidad de la campaña dado que se extendió a otros medios de comunicación como se encarga de acreditar la propia demandada (documentos nº 4 a 13 de su contestación), la sala considera que al tiempo de su interposición subsistía la perturbación producida por el acto desleal y, por otra parte, era y es patente el riesgo de reiteración.

Los razonamientos expuestos determinan la estimación del recurso de apelación, con revocación de la sentencia apelada y la estimación de la demanda.

NOVENO.- En materia de costas, la estimación del recurso de apelación con estimación de la demanda, determina la condena a la parte demandada al pago de las costas ocasionadas en primera instancia de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por otra parte, la estimación del recurso de apelación determina que no proceda efectuar especial imposición de las costas ocasionadas con el mismo, todo ello en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN, representada por el procurador don Pedro Antonio González Sánchez contra la sentencia dictada el día 18 de marzo de 2.010 por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, en el procedimiento núm. 360/2007 del que este rollo dimana.

2) Revocar dicha resolución y, en su lugar, estimamos la demanda formulada por la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN contra la entidad "HOUSEDIET, S.L.U.", representada por el procurador don Carlos de Grado Viejo y la mercantil "G Y J ESPAÑA EDICIONES, S.L.", representada por el procurador don Manuel Sánchez Puelles y, en consecuencia:

a) declaramos la deslealtad de los anuncios publicitarios de NATUR HOSUE difundidos por las entidades demandadas a los que se contrae el presente procedimiento; y,

b) se ordena la cesación definitiva de la mencionada publicidad.

3) Imponemos a la parte demandada las costas causadas en primera instancia.

4) No se efectúa expresa imposición de las costas originadas con el recurso de apelación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.