



Roj: **SAP M 17656/2015 - ECLI:ES:APM:2015:17656**

Id Cendoj: **28079370282015100298**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **18/12/2015**

Nº de Recurso: **715/2013**

Nº de Resolución: **371/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid Sección Vigésimoctava C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010
Tfno.: 914931988 37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0013227

Recurso de Apelación 715/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 379/2011

Apelante: HEARST MAGAZINES SL

PROCURADOR D. FRANCISCO JAVIER VAZQUEZ HERNANDEZ

Apelado: EDICIONES CONDE NAST, S.A.

PROCURADOR D. ANTONIO ORTEGA FUENTES

SENTENCIA nº 371/2015

En Madrid, a 18 de diciembre de 2015.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados D. Enrique García García, D. Alberto Arribas Hernández y D. Pedro María Gómez Sánchez, ha visto el recurso de apelación bajo el número de rollo 715/2013, dimanante del proceso número 379/2011 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid.

Ha sido parte en el recurso, como recurrente, HEARST MAGAZINES SL (antes denominada HACHETTE FILIPACCHI SL), representada por el Procurador D. Javier Vázquez Hernández y defendida por el Letrado D. José M^a Díaz Fernández, y como recurrida, EDICIONES CONDÉ NAST SA, representada por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes y defendida por el Letrado D. Pablo Navasqués Dacal .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante escrito de demanda presentado el 16 de junio de 2011 por la representación de EDICIONES CONDÉ NAST SA contra HACHETTE FILIPACCHI SL, en el que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba al juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

"1º.- Que declare ilícita por engañosa la publicidad de ELLE publicada en el nº 1.367 de la revista ANUNCIOS y, por tanto, constitutiva de un acto de competencia desleal

2º.- Que condene a la demandada a publicar a su costa la sentencia que en su día se dicte en la revista ANUNCIOS, con relevancia semejante a aquella en que se insertó la publicidad ilícita, debiendo verificarse en el número posterior inmediato a la notificación de aquélla.



3º- Que condene a la demandada al pago de las costas que se causen en el presente procedimiento."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid dictó sentencia, con fecha 20 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por EDICIONES CONDÉ NAST, S.A., contra HEARST MAGAZINES, S.L. (antes HACHETTE FILIPACCHI, S.L.), y en su consecuencia:

1º DECLARAR ilícita por engañosa la publicidad de ELLE publicada en el nº 10367 de la revista ANUNCIOS, siendo constitutiva de un acto de competencia desleal.

2º CONDENAR a la demanda a publicar a su costa la Sentencia en la revista ANUNCIOS, con relevancia semejante a aquella en que se insertó la publicidad ilícita.

3º CONDENAR a la entidad demandada al pago de las costas del procedimiento".

TERCERO.- La entidad HEARST MAGAZINES SL (antes denominada HACHETTE FILIPACCHI SL) interpuso recurso de apelación contra la meritada sentencia, el cual fue admitido a trámite por el juzgado, tras lo cual se opuso a él la contraparte.

La remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Madrid, donde fueron recibidos con fecha 12 de diciembre de 2013, ha dado lugar a la formación del presente rollo de apelación ante esta sección 28ª, donde se ha seguido su tramitación con arreglo a la normativa prevista para los procesos de esa clase.

La deliberación, votación y fallo del asunto se celebró, siguiendo el turno correspondiente y dada la carga de trabajo que pesa sobre este tribunal, el día 17 de diciembre de 2015.

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

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto de debate.

La polémica objeto de litigio deviene de la publicación que la editora de la revista mensual ELLE, la entidad HACHETTE FILIPACCHI SL (luego denominada HEARST MAGAZINES SL), efectuó en el número 1367, de fecha 28 de marzo de 2011, del semanario de publicidad y marketing ANUNCIOS, en cuya página 3 apareció un anuncio a toda página, en el que figura la fotografía de una modelo con la siguiente leyenda: "ELLE NÚMERO 1 EN DIFUSIÓN 183.493 MUJERES nos eligen cada mes Fuente: OJD Jul'09- Jun'10".

El problema estriba en que la entidad EDICIONES CONDÉ NAST SA, empresa de la competencia que edita la revista GLAMOUR comprobó que, de acuerdo con los datos auditados por la Oficina de Justificación para la difusión (OJD), la misma había tenido una difusión media en el período de julio de 2009 a junio de 2010 de 226.220 ejemplares.

EDICIONES CONDÉ NAST SA presentó demanda en contra de HACHETTE FILIPACCHI SL (luego denominada HEARST MAGAZINES SL) reprochándole haber comunicado publicidad engañosa por facilitar información falsa en cuanto a la posición en el mercado que ocupa la revista ELLE de la demandada, pues en el período indicado había sido inferior a la de la revista GLAMOUR de la demandante, que fue la revista femenina de tirada mensual líder en el período de julio de 2009 a junio de 2010.

La sentencia dictada en la primera instancia ha estimado la demanda, ha declarado la comisión de un ilícito concurrencial de engaño, cometido mediante publicidad falsa, tipificado en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal (LCD), en su redacción por Ley 29/2009, y ha condenado a la demandada a publicar un extracto de la sentencia en el mismo medio de comunicación y con una relevancia similar a la del anuncio considerado ilícito.

La discrepancia de la demandada con tal condena ha dado lugar a su apelación, donde se plantean los motivos que se irán citando en los fundamentos subsiguientes de esta sentencia, en los que este tribunal realizará el correspondiente análisis jurídico de los mismos. La recurrente efectúa además unas consideraciones a modo de introducción de lo que constituyen sus motivos de recurso, pero su sentido no es sino el de enmarcar el contexto de sus ulteriores alegatos impugnatorios. Es por ello que nada tenemos que manifestar al respecto, debiendo limitarnos a efectuar las consideraciones que procedan a propósito de cada uno de los epígrafes en los que luego motiva la apelante su impugnación de la resolución dictada en la primera instancia.

Sólo hemos de puntualizar que al enjuiciar un litigio no resulta indispensable tener que detenerse en el análisis de todas y cada una de las pruebas que presente cada una de las partes, bastando con que el tribunal motive su



decisión manejando aquellas que considere verdaderamente relevantes para fijar los hechos y poder cumplir con su misión de enjuiciar sobre la contienda que se somete a su conocimiento. La resolución de la primera instancia cumple con esa premisa y es profusa en el análisis de datos de hecho, argumentaciones jurídicas e incluso citas doctrinales, por lo que la parte apelante podrá estar en desacuerdo con la decisión final adoptada, y está en su derecho de criticar su línea de razonamiento, pero habrá de reconocer, porque así lo estima este tribunal, que se trata de una resolución muy sólidamente fundada.

SEGUNDO.- Sobre la incorrecta aplicación del artículo 5 de la LCD denunciada por apelante.

La apelante sostiene que en la resolución apelada se habría infringido el artículo 5 de la LCD por cuanto en dicha previsión legal no se tipifica entre los aspectos en los que habría de incidir la publicidad engañosa el de proporcionar una información relativa a la mayor o menor difusión de un determinado bien o servicio.

Lo primero que hemos de reseñar es que la propia parte apelante reconoce que, pese a que en la demanda se le estaba imputando la comisión de este tipo de ilícito concreto de la LCD, no planteó en su contestación a la demanda este reparo que ahora suscita a la aplicación al caso del artículo 5, puesto que nada adujo al respecto hasta la fase de conclusiones del juicio. Hemos de subrayar que rige en el proceso civil la prohibición de cambiar el objeto del proceso, una vez que ya se ha conformado en la fase alegatoria del mismo (artículos 399, 400 y 412 de la LEC), a fin de no sorprender al contrario y ocasionarle indefensión si se cambiasen argumentos en fases posteriores del litigio. Así, como se desprende del artículo 426 de la LEC, al realizar alegaciones complementarias en la audiencia previa o aclarar las previamente realizadas en la fase alegatoria lo que ya no podría hacerse es alterar sus pretensiones ni tampoco los fundamentos en que se sustentaban éstas. Por lo que ni mucho menos podría pensarse en la posibilidad de introducir en fases posteriores del proceso nuevos alegatos ni pretensiones, como aquí lo ha intentado la parte demandada, ahora apelante. No resulta, por lo tanto, tampoco admisible suscitar en apelación cuestiones que debieron formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción.

No obstante, este tribunal considera oportuno añadir, para despejar posibles dudas, ya que la polémica novedosa afecta al enfoque jurídico sobre la correcta aplicación de un concreto precepto legal por parte del juez de lo mercantil, que entre los actos de engaño acerca de las características de los productos, que son uno de los aspectos mencionados como relevantes en el artículo 5 de la LCD, se han venido considerando incluidos, en la doctrina y práctica judicial, los clasificados como publicidad de tenor excluyente, tal como lo supone el atribuir a las propias prestaciones una primacía que no se corresponda con la situación real. De ahí que el publicitar que se tiene un posicionamiento en el mercado que no es acorde a la realidad entraña la comisión de un acto de engaño del artículo 5 de la LCD.

La finalidad del anuncio era claramente la de promover la contratación de espacios publicitarios en la revista ELLE, de ahí que se hiciera publicidad de ésta en un semanario dirigido a profesionales de las empresas, posibles futuras anunciantes, ante los que se presentaba a la citada revista como la líder en difusión. Hay que tener presente que el listado de los actos de competencia desleal tipificados en los artículos 5 a 17 de la LCD se aplican tanto en las relaciones de los empresarios y profesionales con los consumidores como a las de aquellos entre sí, por lo que el destinatario de la publicidad engañosa del artículo 5 de la LCD no tendrá que serlo necesariamente un consumidor, pudiendo serlo, como aquí es el caso, los profesionales de la publicidad. Las prácticas desleales que sólo pueden ser apreciadas en relación con los consumidores son las previstas en los artículos 19 y siguientes de la LCD (tomadas del listado del anexo I de la Directiva 2005/29/CE).

TERCERO.- Sobre la finalidad concurrencial del acto tachado de desleal.

La recurrente considera que el acto que se le imputa no puede ser calificado de desleal al faltar el requisito ineludible de que el mismo tuviera finalidad concurrencial, tal como exige el artículo 2 de la LCD, porque en su opinión no era objetivamente idóneo para promover sus propias prestaciones y no consta que haya producido tal resultado. Explica la apelante que no era su propósito el conseguir más anunciantes, ya que hay otros datos de relevancia que éstos toman en cuenta, junto a la difusión, como el número de lectores y los estudios de mercado, y además los datos mencionados en el anuncio ni tan siquiera eran recientes.

Este tribunal considera que tal alegación no puede permitir a la apelante eludir la responsabilidad por publicidad engañosa que se le ha imputado en la resolución apelada. Si el ámbito objetivo de aplicación de la normativa sobre competencia desleal es el de los comportamientos realizados en el mercado con fines concurrenciales, según se dispone en el artículo 2 de la LCD, la publicidad resulta ser, precisamente, el mejor ejemplo de esa clase de conductas, pues su ámbito de actuación es justamente el del mercado y su destino no es otro que la promoción de bienes y servicios del anunciante.

La utilización de un mensaje engañoso con fines publicitarios no puede ser considerada sino como una conducta subsumible en la previsión del artículo 2 de la LCD, examinado el problema desde el punto de vista



de idoneidad objetiva de la actuación, como se señala que debe hacerse dicho precepto legal. Las finalidades subjetivas, como la intención del anunciante, no resultan aquí relevantes, ni tampoco el que se utilizasen datos más o menos modernos para lanzar el mensaje publicitario, pues lo trascendente es si éstos respondían o no a la realidad. Por otro lado, el que puedan tomarse en cuenta otras referencias para decidir sobre dónde invertir en publicidad no priva de la significación que merece al grado de difusión del medio, cuya importancia comercial no precisa de especial despliegue argumental para que pueda ser comprendida.

La ley se contenta con la idoneidad objetiva del comportamiento para promover o asegurar la difusión en el mercado de determinadas prestaciones (artículo 2 de la LCD) y con la potencialidad de la actuación como medio para alterar comportamientos económicos (artículo 5 de la LCD), por lo que no es preciso que deba comprobarse si se produjeron en la práctica desplazamientos de anunciantes como consecuencia del anuncio objeto de litigio.

CUARTO.- Sobre la falsedad del mensaje publicitario.

La recurrente trata de rebatir el reproche de falsedad en el mensaje publicitario que se le imputa en la resolución apelada, porque considera que aquella no sería tal si se analizasen los hechos desde el punto de vista de cuál es la realidad del mercado de revistas femeninas, donde podría distinguirse un segmento correspondiente a las de alta gama, en cuyo marco ELLE sería la número uno en difusión.

La argumentación de la recurrente supone un intento desesperado de separarse de la realidad de los hechos para tratar de construir un escenario a la medida de sus intereses. El tenor del mensaje publicitario es de sentido inequívoco. Se contiene en él una atribución de una determinada característica a su revista, ELLE, afirmando que la misma era la número 1 en difusión, lo que se presentaba de modo incondicional y no limitado a ningún segmento comercial, por lo que debe entenderse referida, a falta de acotación alguna, a todo el ramo comercial al que pertenece. Sostener lo contrario supone un intento de interesada manipulación del texto del anuncio. Además, se incluye en él la cita de la referencia de donde se habría extraído el dato sobre la difusión de la revista (183.493). explicitando que la fuente era OJD julio 2009-junio 2010. El contraste de este dato con dicha fuente revela que la cita numérica era correcta, pero la afirmación que a la misma se vincula en el mensaje, sobre el carácter de número 1 en difusión, resulta incierta en el ramo de las revistas para féminas a los que se refiere el estudio de OJD, a tenor del cual en ese período la mayor difusión correspondía a la de la revista GLAMOUR, que alcanzaba un promedio de 226.220 ejemplares. El mensaje publicitario merece el calificativo de falso, pues si se cita como fuente aquello de lo que no resulta la conclusión que se presenta publicitariamente se está faltando a la verdad.

Resulta completamente irrelevante el que pueda o no discernirse en la realidad práctica entre revistas de gamas alta, media o baja, en lo que tanto hincapié hace la apelante, efectuando continuas citas de la declaración en la vista del juicio del Sr. Pedro Miguel (que reitera a lo largo de su escrito de apelación), pues el mensaje publicitario no contextualiza con arreglo a ninguna de esas gradaciones y la fuente citada para sostener la conclusión tampoco lo hace. La editora de ELLE podía haber modulado su mensaje publicitario, pero lo comunicó de forma absoluta e incondicional, sin distinción de ninguna clase, por lo que su defensa no puede pretender ahora que se entiendan incluidas en él acotaciones en el seno del sector comercial concernido que no se efectuaron al publicarlo. Que los destinatarios del mensaje puedan serlo profesionales del marketing y de los departamentos de publicidad de grandes empresas, como sostiene la apelante basándose en el estudio elaborado por Punto de Fuga - MGMM Investigación Prospectiva SL, no permite desconocer la realidad objetiva de lo que en aquél se estaba publicitando. Precisamente, el que se trate de profesionales dota de mayor relevancia al hecho de que el mensaje tachado de falso se presentase con el respaldo de los datos extraídos por una conocida y reputada firma que audita la actividad sectorial, lo que contribuía a presentar la información ante estos con un aparente componente de objetividad que podía contribuir a que tales destinatarios tomaran como cierto lo que no lo era.

QUINTO.- Sobre los alegatos relativos a la situación en el mercado de las revistas editadas por ambas partes.

Sostiene la recurrente, en directa relación con el precedente motivo de apelación, que la resolución apelada comete un error en la valoración de la prueba cuando pone en duda que haya que situar a las revistas ELLE y GLAMOUR en distintos sub-segmentos del sector de las revistas femeninas, ya que la primera pertenecería, junto con "VOGUE" (editada por la actora), a las de alta gama, con cuya referencia la información publicitaria no resultaría falsa (pues aquella supera a ésta en media de difusión), y la segunda, GLAMOUR (que le superaba en difusión de ejemplares), se integraría en otro grupo, acompañada de publicaciones como COSMOPOLITAN, que son de otro nivel inferior, por lo que quedaría fuera del marco de comparación.

Este tribunal considera que este alegato pretende llevar el debate a unos términos inadecuados para el enjuiciamiento del tipo de ilícito concurrencial y publicitario que se imputa a la demandada. Basta con que nos remitamos a lo que ya hemos explicado en el fundamento precedente para dar adecuada respuesta a esta



alegación. No se trata aquí de debatir sobre el rango que se pretenda asignar a cada revista en función de su calidad, etc, sino de ser consciente de que el mensaje publicitario, en los términos en los que se comunicó, no es que pudiera ser desafortunado, como viene a reconocer de modo implícito la recurrente, es que, simplemente, no se ajustaba a la realidad. No se trata de que se atribuya aquí a la entidad OJD la exclusiva para determinar cómo se organiza el mercado de las revistas dirigidas al público femenino, pero se debe ser consciente de que no puede citarse a la misma como fuente para sentar una conclusión, en concreto, que se había alcanzado el número 1 en difusión de ejemplares según los datos tratados por aquella, cuando esto no se compadece con los resultados de la auditoría practicada por dicha entidad.

SEXTO.- Sobre los alegatos de la apelante relativos a la potencialidad del anuncio para inducir a error a los destinatarios del mismo.

La apelante sostiene que el reproche de deslealtad que se efectúa en la sentencia no se sostiene porque la información proporcionada en el anuncio carecía de potencialidad para inducir a error a los destinatarios de la misma, que lo eran profesionales del marketing y de la publicidad que manejan más datos que la difusión de la revista, como el número de ejemplares leídos, además de otras fuentes distintas a la OJD y conocen la segmentación del mercado de revistas femeninas.

El alegato de la recurrente encalla en el obstáculo, insalvable para dicha parte, de que la información por ella publicada ha merecido el calificativo de falsa, lo que resulta suficiente para que, si incide en los aspectos indicados en el tipo legal, quepa la apreciación del ilícito del artículo 5 de la LCD, desde su redacción por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por el que se modificó el régimen legal de la competencia desleal y la publicidad. Para poder reprochar deslealtad a una información falsa no hace falta que además se constate que haya generado error, a tenor de cómo ha quedado legalmente configurado el primero de los subtipos del artículo 5 de la LCD (porque el legislador parte del presupuesto de que todo mensaje falso es, per se, apto para inducir a error). El requisito adicional de que hubiera que comprobar que además gozaba de potencialidad para inducir a error a los destinatarios lo refiere el precepto legal al subtipo en el que la información publicitada hubiera sido veraz, pero la ilicitud fuese el resultado de que por su forma o por el contenido de la emisión pudiese inducir a error (es decir, por la impresión que produzca en el destinatario) y alterar con ello el comportamiento económico de sus destinatarios. No es éste el caso que nos ocupa (publicitación de información veraz susceptible de inducir a error) sino el alternativo (publicidad de información falsa, pues ELLE no era la número 1 en difusión según la fuente de referencia indicada en el propio anuncio), por lo que resulta ocioso para enjuiciar este litigio abordar una polémica como la que nos propone la apelante.

Basta aquí, no obstante, con que precisemos que la potencialidad de la información falsa para afectar al comportamiento económico de los destinatarios de la publicidad está fuera de discusión cuando, como en este caso, nos hallamos ante un ejemplo de la denominada publicidad de tono excluyente, puesto que lo que se estaba publicitando era un mensaje con datos concretos que los destinatarios, incluso siendo profesionales y pudiendo manejar otros elementos, valorarían como información veraz, por venir referida a la cita de una fuente objetiva de comprobación de la difusión de la revista. Era, por lo tanto, una clase de publicidad adecuada para provocar determinada representación de la realidad y por ello susceptible de influir en la conducta de los destinatarios. Es suficiente con esta potencialidad, sin que sea preciso, como pretende la demandada-apelante, que haya que probar además que se hubiera producido un efectivo desplazamiento de anunciantes a favor de la recurrente.

SÉPTIMO.- Sobre las costas de la segunda instancia.

Las costas derivadas de esta segunda instancia deberán ser soportadas por la parte recurrente, a tenor de lo establecido nº 1 del artículo 398 de la LEC, en relación con el artículo 394.1 del mismo cuerpo legal, para la desestimación del recurso

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, este tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de HEARST MAGAZINES SL contra la sentencia dictada el día 20 de diciembre de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid en el seno del proceso número 379/2011.

2.- Condenamos a la entidad apelante al pago de las costas derivadas de esta segunda instancia.

Contra la presente sentencia las partes tienen la posibilidad de interponer ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por



infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ