



Roj: **SAP SE 4151/2009 - ECLI: ES:APSE:2009:4151**

Id Cendoj: **41091370052009100412**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **5**

Fecha: **18/12/2009**

Nº de Recurso: **5524/2009**

Nº de Resolución: **604/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN MARQUEZ ROMERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

**SENTENCIA**

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS

DON JUAN MÁRQUEZ ROMERO

DON JOSÉ HERRERA TAGUA

DON CONRADO GALLARDO CORREA

REFERENCIA

JUZGADO DE PROCEDENCIA Mercantil nº 1 de Sevilla

ROLLO DE APELACION 5524/09-F

AUTOS Nº 197/08

En Sevilla, a dieciocho de Diciembre de dos mil nueve.

VISTOS por la Sección Quinta de esta Ittma Audiencia Provincial los autos de Juicio Verbal nº 197/08, procedentes del Juzgado de lo Mercantil Uno de Sevilla, promovidos por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC CONSUMO) representada por el Procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez contra La Isla del Tesoro representada por el Procurador D. Francisco Javier Parody Ruiz-Berdejo; autos venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia en los mismos dictada con fecha 19 de Noviembre de 2008.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan sustancialmente los de la resolución apelada, cuyo fallo literalmente dice: "Que desestimando la demanda presentada por el Procurador Sr. Pérez Sánchez en nombre y representación de la entidad ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO), contra la entidad LA ISLA DEL TESORO ELECTRODOMÉSTICOS, S.A., representada por el Procurador Sr. Parody-Ruiz Berdejo, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones que contra ella se ejercitaban, imponiendo a la actora las costas de este procedimiento. Así por esta mi sentencia que será notificada a las partes con expresión de los recursos que contra ella caben, lo pronuncio, mando y firmo".

PRIMERO.- Notificada a las partes dicha resolución y apelada por el citado litigante, y admitido que le fue dicho recurso en ambos efectos, previo emplazamiento de las partes para su personación ante esta Superioridad por término de 30 días, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con los debidos escritos de interposición de la apelación y de oposición a la misma, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.



SEGUNDO.- Acordada por la Sala la deliberación y fallo de este recurso, la misma tuvo lugar el día 26 de Noviembre de 2009 quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución.

TERCERO.- En la sustanciación de la alzada se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don JUAN MÁRQUEZ ROMERO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercitada en el pleito de que el presente rollo dimana la acción de cesación en defensa de intereses difusos de los consumidores, respecto de la campaña publicitaria desarrollada en prensa por la demandada, La Isla del Tesoro Electrodomésticos, S.A., con ocasión de la apertura de uno de sus establecimientos, consistente en el ofrecimiento de un regalo por determinadas compras con la limitación de "hasta fin de existencias", al considerar la demandante, Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), que dicha campaña es **ilícita**, por engañosa, la juzgadora "a quo" vino a desestimar la demanda, con la consiguiente absolución de la entidad demandada, al considerar que dicha campaña no entra dentro del concepto de **publicidad** engañosa que sanciona la Ley General de **Publicidad**.

SEGUNDO.- Pues bien, tras el examen y valoración de lo actuado, el tribunal se pronuncia en los mismos términos de la sentencia de instancia. Ciertamente, la **publicidad** de que se trata no especifica la duración de esa oferta especial, ni el número de regalos disponibles para hacer frente a la previsible demandada, ni el regalo concreto de que se trata, con lo que, evidentemente, el consumidor puede acudir al establecimiento, cuando ya no está vigente la promoción o cuando los regalos disponibles se han agotado o encontrar que el regalo en cuestión no llena sus aspiraciones y ver desviada su atención hacia otros productos del mismo establecimiento, pero ello no es suficiente, sin embargo, a juicio del tribunal, para calificar como engañosa dicha **publicidad**. Con una oferta como esa, con la limitación de "hasta fin de existencia", un consumidor medio es consciente de que, si acude al establecimiento, es posible que esa oferta especial haya finalizado o que no exista en ese momento disponibilidad de los regalos ofrecidos o que no sean de su agrado.

TERCERO.- La **publicidad** de que se trata podrá ser contraria a la ética publicitaria o a las exigencias objetivas de buena fe, o desleal, incardinable en la cláusula general del artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia, prohibitiva de los comportamientos contrarios a la buena fe, o abusiva, teniendo en cuenta que el contenido de la oferta, promoción y **publicidad** se integra en el contrato y que la limitación "hasta fin de existencias" podría constituir la supeditación del contrato a una condición cuyo cumplimiento se dejaría en manos solo del oferente, con infracción del artículo 1.256 del Código Civil, y, por todas estas razones, la Ley del Comercio Minorista establece la necesidad de que en las ventas con obsequio se especifique la duración y, en su caso, las reglas especiales aplicables a las mismas, pero el incumplimiento de tales disposiciones o el hecho de que constituya un comportamiento contrario a la ética publicitaria o a la buena fe no implica, necesariamente, que se trate de **publicidad** engañosa, que, según el artículo 4 de la ley General de **Publicidad**, es aquella que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor, así como aquella que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios.

CUARTO.- Para ver si es engañosa una oferta con la vinculación al no agotamiento de las existencias es preciso ponerla en relación con las existencias disponibles, de modo que sería engañosa si éstas no existen en realidad o si el anunciante, de una manera intencionada o por falta de una razonable previsión, no dispone de un stocks suficiente para atender la demanda suscitada por la **publicidad**, o si no cesa en ésta en el momento de agotarse los productos sobre los que recae, pues lo que se trata de impedir son las ofertas vacías o las ofertas señuelo.

QUINTO.- Pues bien, habiendo manifestado el representante legal de la parte demandada, al ser interrogado en el acto de la vista celebrada en la primera instancia, que contaban con suficientes regalos disponibles para hacer frente a la demanda que era de esperar como consecuencia de la promoción publicitaria desarrollada, resulta que no hay nada en las actuaciones que permita pensar otra cosa distinta, y lo cierto es que no consta que se haya producido queja alguna por parte de clientes del establecimiento, circunstancia que, sin bien no constituye un requisito necesario para determinar que estemos en presencia de **publicidad** engañosa, dados los términos del precepto antes señalado, que habla de **publicidad** que induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios, si podría constituir, sin embargo, una prueba clara de la misma.

SEXTO.- Por otra parte, siendo requisito de la acción ejercitada que la promoción no haya cesado o existan indicios de que se reiterará en el futuro, entiende el tribunal que no se dan en este caso ni una ni otra circunstancia. Y es que, tras haber sido requerida la demandada por parte de la actora, a fin de que cesara en la **publicidad** en cuestión, se avino a ello, cesando en la misma con anterioridad a la fecha de presentación de la



demanda, que tuvo lugar el 27 de Marzo de 2.008. Se trata de una promoción que abarcaba el mes de Febrero de dicho año, con motivo de la apertura, el día uno de dicho mes, de un establecimiento de la demandada, y que se llevó a cabo por medio de ocho anuncios en prensa, dos de ellos en el diario gratuito ADN y los seis restantes en el periódico ABC, de los cuales, en solo tres de ellos, los correspondientes a los días 1, 4 y 11 de Febrero, anteriores todos al requerimiento practicado para el cese de la **publicidad** discutida, se aludía a la obtención de un regalo por compras superiores a determinada cantidad, en el establecimiento aperturado, con la limitación "hasta fin de existencias". De los restantes anuncios, en tres de ellos no se aludía a regalo alguno y en dos, correspondientes a los días 17 y 24 de Febrero, se señalaba una fecha final a la venta con obsequio, el día 29 de Febrero.

SEPTIMO.- Consecuentemente y sin necesidad de entrar en más consideraciones, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia apelada, que se estima correcta y acertada, imponiendo a la apelante, conforme a lo dispuesto en el artículo 394, al que remite el 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de las costas de esta alzada.

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

#### **FALLAMOS.-**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez en nombre y representación de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC CONSUMO) contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla, con fecha 19 de Noviembre de 2008 en el Juicio Verbal nº 197/08, la debemos confirmar y confirmamos íntegramente, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Y en su día, devuélvanse las actuaciones originales con certificación literal de esta Sentencia y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que quedará testimonio en el Rollo de la Sección lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado de la Sección quinta de esta Audiencia Provincial, DON JUAN MÁRQUEZ ROMERO, Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mi el Secretario de lo que certifico.