



Roj: **SAP B 15113/2011 - ECLI:ES:APB:2011:15113**

Id Cendoj: **08019370152011100488**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **25/10/2011**

Nº de Recurso: **451/2011**

Nº de Resolución: **413/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 451/2011-1.^a

Juicio Ordinario núm. 749/2010

Juzgado Mercantil núm. 3 Barcelona

SENTENCIA núm.413/11

Ilustrísimos Señores Magistrados:

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. LUÍS GARRIDO ESPA

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN

En la ciudad de Barcelona, a veinticinco de octubre de dos mil once.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 3 de esta localidad, por virtud de demanda de Gestevisión Telecinco, S.A. contra Ediciones El Jueves, S.A., pendientes en esta instancia al haber apelado la actora la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 6 de abril de 2011.

Han comparecido en esta alzada la apelante Gestevisión Telecinco, S.A., representada por el procurador de los tribunales Sr. Barba y defendida por el letrado Sr. Ayala, así como la demandada en calidad de apelada, representada por el procurador Sr. Martínez Sánchez y defendida por el letrado Sr. Plana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: << *Desestimando la demanda interpuesta por la entidad mercantil GESTEVISION TELECINCO SA se absuelve a la mercantil EDICIONES EL JUEVES S. A. de lo pretendido de contrario. Cada parte asumirá sus costas y las comunes por mitad*>>.

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Gestevisión Telecinco, S.A.. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 5 de octubre de 2011 pasado.

Actúa como ponente el magistrado Sr. JUAN F. GARNICA MARTÍN .

FUNDAMENTOS JURIDICOS



PRIMERO. Objeto del proceso del que dimana el recurso

1. Gestevisión Telecinco, S.A. (en adelante, Telecinco) ejercitó acciones de competencia desleal contra Ediciones El Jueves, S.A. (en adelante, El Jueves) imputándole hechos que, en su opinión, constituían los ilícitos concurrenciales de los arts. 4 (actos de obstaculización) y 9 (actos de denigración) de la Ley de Competencia Desleal (en adelante, LCD). Los hechos imputados no aparecen discutidos por las partes y son los siguientes:

1.º) La cadena de televisión La Sexta emitió, durante julio de 2009, dentro de su programa "Sé lo que hicisteis", en la sección llamada "Qué está pasando en Telecinco", un *sketch* denominado "La mejor estrategia para Telecinco es <<El día de la Mierda>>".

2.º) Como consecuencia de esa emisión, Telecinco interpuso contra La Sexta una demanda en la que ejercitó acciones de competencia desleal, por denigración, que fue estimada en primera instancia por el Juzgado Mercantil 11 de Madrid.

3.º) El día 5 de julio de 2010 la revista satírica "el jueves", que edita la demandada, emitió en su página *web* un artículo y un vídeo titulados "Telecinco ofendida por el *sketch* <<El Día de la Mierda>>. ¿Qué preferían? ¿El día de la puta mierda?". Tanto el artículo como el vídeo se referían al procedimiento de competencia desleal seguido entre las dos cadenas de televisión. Subtitulaban con la siguiente expresión: "La Sexta deberá pagar 100.000 euros a la cadena amiga por faltarle al honor, como si tuvieran de eso". Como contenido del vídeo aparecen las caricaturas de tres personajes ligados a Telecinco, los Sres. Domingo, Rodrigo y Luis Alberto, que mantenían un diálogo referido a la futura programación de la cadena con las siguientes frases:

- Lanzamos al invitado una marmita de heces hirviendo mientras en pantalla mostramos como una jauría de perros sarnosos violan a su familia.

- Sí, le falta gancho, ¿no podría salir Regina sodomizando los familiares?

- Es que es un gustazo poder hacer televisión de calidad. No como esos de la Sexta, a ver que porquería deben estar emitiendo ahora mismo.

- El día de la mierda, también conocido como "The truños day". Telecinco emitirá el mismo día todos sus fracasos. Programas que son un auténtico mojón, como (...)

4.º) En el texto del artículo también indicaban: "Resulta que un buen día los de Sé lo que hicisteis decidieron dedicarle a la cadena amiga el bonito *sketch* <<El Día de la Mierda>>, una sutil broma en la que recomendaban a Domingo programar sus peores espacios en una sola jornada. Y los de Fuencarral se rasgaron las vestiduras y se ofendieron tanto que pusieron una demanda. Y han ganado. Por nuestra parte estamos muy descontentos con la actitud de Estanislao y compañía. ¿Por qué demonios hacen un *gag* sobre <<El Día de la Mierda>>? ¡Eso se nos tenía que haber ocurrido a nosotros! Claro que lo de tener que pagar 100.000 euros no se lo envidiamos.

5.º) Tanto el artículo como el vídeo fueron enlazados por otras páginas *web* de medios de comunicación (El Mundo, Fórmula TV, Vertele, Periodistadigital, El Confidencial, Telebasura, etc.).

2. La resolución recurrida desestimó íntegramente la demanda al considerar que no existían ninguno de los ilícitos concurrenciales denunciados en la demanda. En cuanto al ilícito del art. 9 LCD, actos de denigración, porque el contexto en el que los hechos se produjeron (una revista satírica) no permite pensar en la veracidad de las manifestaciones. En cuanto a los actos de obstaculización, porque los actos de un tercero (El Jueves) no pueden constituir actos de obstaculización a la ejecución de un pronunciamiento judicial recaído en un proceso seguido entre el demandante y La Sexta.

3. El recurso de Telecinco se funda en los siguientes motivos:

a) Los actos que imputa a El Jueves constituyen un acto de denigración de las actividades de la actora porque ponen en cuestión que tenga honor y presentan su programación de manera peyorativa, a la vez que suponen un descrédito a la calidad de sus programas.

b) La conducta de la demandada constituye un acto de obstaculización contrario a las exigencias de la buena fe, ya que vacía de contenido la tutela judicial otorgada por la sentencia estimatoria dictada por el Juzgado de Madrid.

SEGUNDO. Sobre los actos de denigración

1. El primero de los motivos del recurso combate la apreciación que realiza la resolución de primera instancia que niega carácter denigratorio a las manifestaciones efectuadas por El Jueves con el argumento de que tenían un claro sentido humorístico, al constituir una parodia de los actos de Telecinco. En opinión de la recurrente, cuando se admite que las mismas tienen finalidad concurrencial, como ha hecho la resolución recurrida, se



está juzgando que la parodia ha excedido la finalidad institucional o normal de presentar en tono satírico noticias cotidianas.

2. No podemos compartir la opinión que el recurso expresa. El mero hecho de que la resolución recurrida haya considerado, como antes hiciera esta Sala en su auto de fecha 15 de febrero de 2011 (Rollo 577/2010), al resolver el recurso de apelación contra el auto dictado en el procedimiento de medidas cautelares, que la conducta de El Jueves puede considerarse como un acto de mercado que afecte a la competencia, no supone reconocerle a esa conducta el carácter de acto denigratorio, a los efectos del art. 9 LCD. Lo que se estaba razonando es, exclusivamente, que existe acto en el mercado a pesar de que la demandada no actúe en él en directa competencia con Telecinco. Como afirmábamos en aquella resolución, para juzgar si existe el ilícito concurrencial, es preciso analizar si los actos que se imputan tienen relevancia suficiente para constituir actos de denigración del art. 9 LCD. En suma, que sea un acto de mercado no es suficiente para considerarlo desleal, como el recurso sugiere. Y tampoco podemos compartir que de ese dato se pueda derivar que la parodia haya excedido su finalidad institucional o normal de presentar en tono satírico noticias cotidianas.

La recurrente parece sostener que toda parodia es denigratoria si puede ser considerada como acto de mercado, lo que no podemos compartir. Aún siendo un acto con trascendencia en el mercado, no por ello debe ser considerado desleal. Para ello es preciso que el acto sea apto para menoscabar el crédito en el mercado del concernido, lo que no siempre tiene por qué ocurrir.

3. Como se ha anticipado, esta Sala ya conoció previamente de los hechos que son objeto de este recurso en el Auto de fecha 15 de febrero de 2011, al resolver el recurso de apelación contra la resolución dictada por el juzgado mercantil en el procedimiento de medidas cautelares. Aunque es cierto que aquel pronunciamiento era provisional e indiciario, y se realizaba a los solos efectos de juzgar la concurrencia de los presupuestos de la cautelabilidad, particularmente del *fumus*, no obstante, no existe ninguna diferencia sustancial entre los datos que la Sala tuvo oportunidad de enjuiciar en aquella ocasión y en ésta, pues los hechos no han sido controvertidos en el proceso. Sosteníamos en aquella resolución, para descartar que concurriera el ilícito concurrencial del art. 9 LCD, que << *aunque el contenido del sketch traslada al destinatario de la comunicación una idea peyorativa del contenido de los programas de TELECINCO, ello no es suficiente para apreciar los indicios de competencia desleal. La STS de 22 de mayo de 2005 (JUR 2005/150573), interpretando este precepto, exige que la conducta, además de ser denigratoria en sí, revista una entidad suficiente como para ser considerada desproporcionada. En nuestro caso hay circunstancias que restan gravedad o trascendencia al acto: es un vídeo muy breve, de apenas un minuto de duración, que aparece en la web de una revista, EL JUEVES, caracterizada por un humor cargado de escarnio, en la que con frecuencia parodia la actividad de otros. El destinatario de esta comunicación no puede tomar en serio ese sketch, sino tan sólo como una crítica exagerada, en un marco en el que es común la exageración*>>.

4. La recurrente, a modo de respuesta a lo que afirmábamos en aquella resolución alega que, aunque el vídeo sea breve o se enmarque en una publicación humorística, tiene relevancia por dos circunstancias: (i) el tipo de mercado en el que actúa el sujeto pasivo; y (ii) la permanente posibilidad de que se pueda acceder al vídeo y al artículo en cuestión a través de Internet.

Ninguna de esas consideraciones son suficientes para convencernos de la falta de acierto de nuestra decisión anterior, que ahora mantenemos. En cuanto a la primera, aduce la recurrente que se trata de un mercado muy cambiante en el que el éxito o fracaso de las prestaciones depende de aspectos muy subjetivos, referidos a los cambiantes gustos de los espectadores. Frente a ello estimamos que no consideramos razonable que los actos imputados pudieran tener incidencia alguna apreciable para menoscabar el crédito de Telecinco o de sus prestaciones, por las siguientes razones: (i) los actos de una publicación como El Jueves van dirigidos a un público minoritario y distinto del que cabe suponer como telespectador de esa cadena de TV; (ii) los actos que se imputan a la publicación El Jueves se produjeron un año más tarde (4 de julio de 2010) de que se emitiera el programa en la Sexta (6 de julio de 2009), por lo que es muy poco probable que las opiniones peyorativas emitidas pudieran tener cualquier tipo de incidencia en la impresión del público sobre la programación de Telecinco.

5. Es cierto que la escasa duración del vídeo no tiene por qué ser relevante, como se afirma en el recurso. No obstante, cosa distinta es que no resulte relevante en este caso, en el que tiene un formato muy corto, poco más de un minuto, lo suficiente para recoger un *gag*. La escasa relevancia está en que no se distingue de la enorme cantidad de vídeos similares que circulan por la red sobre los temas más variados. Es decir, no es especialmente llamativo.

Y, aunque también es cierto que el formato facilita el permanente acceso a él, tampoco esa circunstancia la consideramos relevante, atendido el carácter perentorio del interés que este tipo de publicaciones despiertan.



6. Para que exista realmente menoscabo de la reputación o del crédito en el mercado de Telecinco se debe exigir que las imputaciones realizadas sean verosímiles, en razón de las concretas circunstancias del caso. Las circunstancias a tomar en consideración son: (i) la aptitud de las manifestaciones para originar un desprestigio de un competidor; (ii) los destinatarios a los que se dirigen; y (iii) el contexto en el que se realizan.

Es dudoso que las manifestaciones, en sí mismas, tengan aptitud para originar un desprestigio en el mercado de Telecinco, si se considera el tono jocoso en el que están emitidas y que, en realidad, lo único que pretenden trasladar a los destinatarios de las mismas es la opinión desfavorable que tiene El Jueves de que Telecinco decidiera iniciar acciones judiciales contra la Sexta por la emisión de un programa por esta cadena en el que satirizaba la programación de Telecinco. En suma, lo que hay tras esas manifestaciones no es más que un juicio de valor crítico sobre una actuación de la actora (la de haber iniciado un proceso contra un competidor) que es cierta. Y, aunque hecho con unas formas extravagantes o agresivas, como mera opinión y juicio de valor, con independencia de las valoraciones que se puedan hacer desde otras ópticas que no nos corresponde aquí tomar en consideración, lo cierto es que resultan irrelevantes desde la perspectiva del tipo del art. 9 LCD.

Los destinatarios a los que se dirigen, los lectores de una revista de humor con una gran carga satírica, tampoco parece que constituyan un público relevante para apreciar que pueda existir menoscabo de la reputación o del crédito en el mercado de Telecinco, sino que presumiblemente se trata de un público minoritario y netamente distinto al que sigue la programación de esa gran cadena de televisión.

Y, por fin, el contexto en el que se realizan, marcado por el conflicto judicial entre dos cadenas de televisión generalista y en una publicación de pequeña tirada y poco impacto en el público de esas cadenas generalistas, tampoco permite sostener la idea de que pudieran ser relevantes para menoscabar la fama o crédito de Telecinco.

TERCERO. Actos de obstaculización

1. La recurrente afirma que los actos de obstaculización invocados en la demanda fueron distintos a los que se referían en el procedimiento de medidas cautelares y aduce como acto de obstaculización que la conducta del jueves vacía de contenido la tutela judicial otorgada por la sentencia del Juzgado Mercantil 11 de Madrid.

La recurrida, además de alegar que la sentencia referida ha sido revocada por la de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de mayo de 2011, que ha desestimado íntegramente la demanda de Telecinco contra la Sexta, opone que el hecho aducido no puede ser considerado incluido en la LCD.

2. Tiene razón la demandada en ambas cosas: primero, porque la tutela concedida por el Juzgado Mercantil 11 de Madrid ha sido revocada por la Audiencia Provincial en la resolución referida en la contestación (Roj: SAP M 6688/2011); y segundo, porque las normas de competencia desleal no persiguen la efectividad de los pronunciamientos judiciales sino la adecuada actuación en el mercado de los agentes. De manera que lo relevante desde la perspectiva del ilícito concurrencial del art. 4 LCD (antiguo art. 5) no es si los actos de El Jueves se oponen a una resolución judicial recaída en un proceso en el que no era parte, sino si son actos contrarios a la mala fe susceptibles de afectar a la leal competencia, lo que no podemos compartir que ocurra.

3. En realidad, lo que pretende la parte, de forma solapada, es encontrar encaje a los actos de denigración en el tipo general del art. 4 LCD, lo que no es admisible, porque el tipo general no puede ser utilizado para sancionar conductas denigratorias que no son ilícitas desde la perspectiva del art. 9 LCD.

CUARTO. Costas

Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Gestevisión Telecinco, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de fecha 6 de abril de 2011, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso extraordinario alguno conforme a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, a los efectos pertinentes.



Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ