



Roj: **SJM M 2138/2018 - ECLI:ES:JMM:2018:2138**

Id Cendoj: **28079470122018100011**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **16/07/2018**

Nº de Recurso: **777/2017**

Nº de Resolución: **381/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MOISES GUILLAMON RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 12 DE MADRID**

C/ Gran Vía, 52 , Planta 3 - 28013

Tfno: 914930518

Fax: 914930580

42010143

NIG: 28.079.00.2-2017/0130699

**Procedimiento: Juicio Verbal (250.2) 777/2017**

Materia: Acción publicidad

Clase reparto: DEMANDAS LEY COMPETENCIA DESLEAL NEGOCIADO 2

**Demandante:: ASOCIACION DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN**

PROCURADOR D./Dña. ROBERTO PRIMITIVO GRANIZO PALOMEQUE

**Demandado:: EUROPEAN HOME SHOPPING, S.L.**

PROCURADOR D./Dña. ESTEBAN CARLOS MARTINEZ ESPINAR

**SENTENCIA Nº 381/2018**

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. MOISÉS GUILLAMÓN RUIZ

**Lugar** : Madrid

En Madrid, a 16-7-2018.

Vistos por mí, MOISÉS GUILLAMÓN RUIZ, los autos del presente Juicio Verbal, procedo a dictar la siguiente resolución.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

**PRIMERO.-** Por la Asociación de Usuarios de la Comunicación se interpuso demanda de Juicio verbal contra Beam Suntory Spain S.L. en fecha de 13-2-2018, en ejercicio de diferentes acciones, solicitando en el suplico de su demanda que se declare que la actuación de la demandada (la publicidad) es ilícita, se ordene la cesación definitiva, se prohíba su reiteración en el futuro, y se le condene a la publicación de la sentencia.

**SEGUNDO .-** Por decreto de 28/2/18 se admitió a trámite la demanda, dándose traslado de la misma a la parte demandada para su contestación, la cual tuvo lugar, en tiempo y forma por escrito de 12/04/18, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas del actor. Se realizaron alegaciones por la actora relativas a continuación del procedimiento por no carencia sobrevenida del objeto.



**TERCERO.-** Fue acordada la celebración de vista, realizándose esta en fecha 11-7-18, compareciendo ambas partes, manifestando su reiteración de pretensión, alegando como hecho nuevo la actora un acto de acuerdo en otro procedimiento similar.

Después de la vista quedaron los autos vistos para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

### PRIMERO.- Acciones ejercitadas

La parte actora en su escrito de demanda solicita que se declare que la actuación de la demandada (la publicidad) es ilícita, se ordene la cesación definitiva, se prohíba su reiteración en el futuro, y se le condene a la publicación de la sentencia.

En sus fundamentos de derecho alega ilicitud de publicidad por referir la misma que dicha rodillera *"de forma inmediata el dolor desaparece por completo"*, y que *permitirá olvidarnos de recurrir a inyecciones, medicamentos o costosas sesiones de acupuntura.*

Alega que dicha publicidad pretende sustituir el consumo de medicamentos porque según su mensaje publicitario dicho consumo es algo superfluo. Alega que la actora ha detectado publicidad de "rodillera ActivaT", producto del que es responsable la demandada, en el que se refiere *"...esos dolores que os producen la ciática, el lumbago, los calambres, las molestias de espalda, ese hormigueo en las rodillas, en las piernas, la fibromialgia....Tranquilos. Os voy a presentar un producto novedoso y revolucionario que os va a cambiar vuestras vidas"*. Establece posteriormente una voz en off que refiere *"EHS trae exclusiva el sistema de acu presión Activa T....Dile adiós al dolor, el dolor desaparece....olvidate de tomar esas pastillas.*

Alega que ya en el Juzgado Mercantil 5 se realizó acuerdo transaccional (documento 7), y como hecho nuevo aportó el actor nuevo acuerdo transaccional en Juzgado Mercantil 3, de fecha 27-10-17.

En resumen por tanto considera que la difusión de la publicidad objeto de autos, efectuada por la demandada, constituye un supuesto de publicidad ilícita de los artículos 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en relación con el Decreto 1907/1996 de 2 de agosto sobre publicidad y promoción comercial de productos actividades y servicios con pretendida finalidad sanitaria y un acto de competencia desleal de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

La parte demandada alegó que no es cierto lo que expone la actora, que la publicidad refiere la venta de rodillera que por medio de la acu presión elimina dolores, y no infringe ningún precepto establecido en Decreto 1907/1996, sino que debe entenderse realizada la publicidad en el sentido expuesto en el art 1 del citado Real Decreto.

### SEGUNDO.- ACTO CONTRARIO A LA PUBLICIDAD LÍCITA. PUBLICIDAD ILÍCITA. ACCION DECLARATIVA Y DE INDEMNIZACIÓN.

*En primer lugar, se ejercita por la actora acción prevista en el art. 6 LGP que determina que " 1. Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.*

*Si el contenido de la publicidad incumple los requisitos legalmente exigidos en esta o cualquier otra norma específica o sectorial, a la acción de cesación prevista en esta Ley podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que correspondiera "*

El artículo 32 LCD determina que " 1. *Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:*

1.ª *Acción declarativa de deslealtad.*

2.ª *Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.*

3.ª *Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.*

4.ª *Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.*

5.ª *Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.*

6.ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

Alega la actora, infracción de articulado del código civil en relación a los contratos, alegación que no es objeto del presente procedimiento ya que se declara en todo caso la falta de competencia objetiva por parte de este juzgado de lo Mercantil para el conocimiento de infracciones contractuales de las partes, debiendo acudir en su caso al Juzgado competente objetivo.

Por tanto se encuentra la actora ejercitando acción declarativa de publicidad ilícita, declarativa de deslealtad, de cesación, y de publicación de la sentencia.

A su vez el art. 33 establece que "1. Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 5.ª

Frente a la publicidad ilícita está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 5.ª, cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo.

La acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal podrá ejercitarse, igualmente, por los legitimados conforme a lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.

2. Las acciones contempladas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª, podrán ejercitarse además por las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.

3. Ostentan legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los **consumidores** y usuarios:

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los **consumidores** y usuarios.

b) Las asociaciones de **consumidores** y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los **consumidores** y usuarios.

c) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los **consumidores** y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

4. El Ministerio Fiscal podrá ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los **consumidores** y usuarios. "

En este caso se ejercita por Asociación de usuarios de la Comunicación conforme 33.2 LCD.

En segundo lugar, en cuanto a la publicidad cuya deslealtad se solicita, se circunscribe al art. 3. E LGP que determina que se considera ilícita "La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios".

El artículo 18 LCD determina que " Publicidad ilícita. La publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal ".

En cuanto a la regulación alegada por la parte actora, relativa al Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, alega que se produce su infracción.

El preámbulo de dicho Real Decreto establece la regulación en este ámbito; así, determina en su Exposición de Motivos que " La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ordena que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, realicen «un control de la publicidad y propaganda comerciales para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que puede constituir un perjuicio para la misma» (artículo 27). Asimismo prevé la inspección y control de la promoción y publicidad de los centros y establecimientos sanitarios (artículo 30.1), la autorización previa de la publicidad de los medicamentos y productos sanitarios (artículo 102) y encomienda «a la Administración sanitaria del Estado valorar la seguridad, eficacia y eficiencia de las tecnologías relevantes para la salud y la asistencia sanitaria» (artículo 110).



La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, permite regular la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas y concretamente «la forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios» (artículo 8).

La Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, declara expresamente prohibidos «los remedios secretos» y sanciona como falta muy grave su preparación (artículos 6.4 y 108.2 y 7).

Asimismo, la Ley del Medicamento considera actividades prohibidas la distribución y comercialización de productos o preparados que se presenten como medicamentos sin estar legalmente reconocidos (artículo 7).

La Ley 25/1994, de 12 de julio, sobre Ejercicio de la Actividades de Radiodifusión Televisiva, declara «ilícita, en todo caso, la publicidad por televisión que fomente comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad de las personas» (artículo 9.1) y además prohíbe

«la publicidad de medicamentos y de tratamientos médicos que sólo pueden obtenerse por prescripción facultativa en el territorio nacional» (artículo 10.1 b)".

### **Tercero.- Análisis del hecho en concreto.**

Alega la actora que se produce supuesto de publicidad ilícita por contravenir el art 4 del citado Decreto.

En relación con esto, el art. 4 RD 1996 determina lo siguiente: "Salvo lo establecido en el artículo 3.1 de este Real Decreto, 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:

1. Que se destinen a la prevención, tratamiento o curación de enfermedades transmisibles, cáncer y otras enfermedades tumorales, insomnio, diabetes y otras enfermedades del metabolismo.
2. Que sugieran propiedades específicas adelgazantes o contra la obesidad.
3. Que pretendan una utilidad terapéutica para una o más enfermedades, sin ajustarse a los requisitos y exigencias previstos en la Ley del Medicamento y disposiciones que la desarrollan.
4. **Que proporcionen seguridades de alivio o curación cierta.**
5. Que utilicen como respaldo cualquier clase de autorizaciones, homologaciones o controles de autoridades sanitarias de cualquier país.
6. Que hagan referencia a su uso en centros sanitarios o a su distribución a través de oficinas de farmacia.
7. Que 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.
8. Que pretendan sustituir el régimen de alimentación o nutrición comunes, especialmente en los casos de maternidad, lactancia, infancia o tercera edad.
9. Que atribuyan a determinadas formas, presentaciones o marcas de productos alimenticios de consumo ordinario, concretas y específicas propiedades preventivas, terapéuticas o curativas.
10. Que atribuyan a los productos alimenticios, destinados a regímenes dietéticos o especiales, propiedades preventivas, curativas u otras distintas de las reconocidas a tales productos conforme a su normativa especial.
11. Que atribuyan a los productos cosméticos propiedades distintas de las reconocidas a tales productos conforme a su normativa especial.
12. Que sugieran o indiquen que su uso o consumo potencian el rendimiento físico, psíquico, deportivo o sexual.
13. Que utilicen el término «natural» como característica vinculada a pretendidos efectos preventivos o terapéuticos.
14. Que atribuyan carácter superfluo o pretenda sustituir la utilidad de los medicamentos o productos sanitarios legalmente reconocidos.
15. Que atribuyan carácter superfluo o pretendan sustituir la consulta o la intervención de los profesionales sanitarios.
16. Y, en general, que atribuyan efectos preventivos o terapéuticos específicos que no estén respaldados por suficientes pruebas técnicas o científicas acreditadas y expresamente reconocidas por la Administración sanitaria del Estado".



Establece que infringe dicho artículo por pretender proporcionar seguridades de alivio o curación cierta en relación con los dolores que cura.

La demandada alega que la rodillera se remite a acu presión, que produce estimular dichos puntos con la presión, produciendo beneficios, y que no se puede incardinar en una publicidad que proporcione una curación cierta.

De la visión del anuncio cuya publicidad se alega ilícita se extraen las siguientes frases:

Al principio del anuncio se refiere "el único método natural e inmediato que elimina instantáneamente el dolor". Durante el mismo se incluye la frase "de forma inmediata el dolor desaparece". A continuación aparece un ejemplo de un **consumidor** que manifiesta que desde la utilización del producto "ese mismo día desapareció el dolor". Al final del anuncio se menciona que el producto "Elimina de forma inmediata y definitiva el dolor".

Respecto al contenido de las frases; existen frases positivas del anuncio como la que refiere que el producto elimina de forma inmediata y definitiva todo tipo de dolores y existen frases que negativas del anuncio como la que refiere que las pastillas únicamente camuflan las molestias durante unas horas o que el **consumidor** se olvide de costosas sesiones de acupuntura, inyecciones, medicamentos.

De todo ello se debe concluir lo siguiente: La finalidad principal del anuncio y de la publicidad es proporcionar al **consumidor** el mensaje de que este producto proporciona una curación cierta (e inmediata) respecto a los dolores de espalda, ciática, lumbago, al tratar con método de acu presión, manifestando que el resto de productos no es válido ni eficaz, y alguno de ellos costoso, mencionando también la consumidora que lo publicita sesiones de fisioterapia negativamente, no considerándose que se ajusten los mensajes a criterios de veracidad.

La realización de dicha conducta es continua, reiterada y de diferentes formas, en el video presentado, extrayendo como colofón la frase final del anuncio del producto que manifiesta que "elimina de forma inmediata y definitiva el dolor", o la reiteración en la manifestación de cura de manera inmediata del dolor sufrido, tanto en voz en off como por ejemplos de personas.

**Por todo ello, se debe de estimar la demanda planteada, al considerar que la publicidad objeto de demanda tal y como se encuentra incluida en el CD aportado es ilícita por contravenir la LGP y RD 1907/1996 art 4 , y debe declararse ilícita, desleal la misma, y ordenarse conforme solicita la parte actora su cesación definitiva y se prohíbe su reiteración en el futuro.**

#### **Cuarto.- Costas.**

Conforme al artículo 394.1 LEC , se imponen a la demandada.

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

#### **FALLO.**

Estimo la demanda promovida por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra Beam Suntory Spain S.L. y:

1º Declaro que la difusión de la publicidad objeto de demanda constituye supuesto de *publicidad ilícita conforme LGP, LCD y RD 1907/1996*

2º Se ordena la cesación definitiva de la publicidad y se prohíbe su reiteración en el futuro. Se imponen las costas a la demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas.

Dedúzcase testimonio y únase a la presente causa, registrándose el original en el Libro de Sentencias del Juzgado.

Esta sentencia no es firme. Contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días ( artículos 455 y ss LEC ) previa la constitución y acreditación del correspondiente depósito en la cuenta de consignaciones del Juzgado.

Por ésta mi sentencia, así lo acuerdo, mando y firmo, MOISÉS GUILLAMÓN RUIZ, Magistrado- Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid.