



Roj: **STS 1876/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1876**

Id Cendoj: **28079110012014100205**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/04/2014**

Nº de Recurso: **993/2012**

Nº de Resolución: **167/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 1, 13-09-2010,**
SAP M 2738/2012,
STS 1876/2014

TR IBUNAL SUPR E MOSala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 167/2014 **Fecha Sentencia** : 07/04/2014

CASACIÓN

Recurso Nº : 993/2012 **Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimando Parcialmente **Votación y Fallo:** 12/03/2014
Ponente Excmo. Sr. D. : José Ramón Ferrándiz Gabriel **Procedencia:** Audiencia Provincial de Madrid, Sección
Vigesimoctava **Secretaría de Sala** : Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls **Escrito por** : PBM **Nota:**

COMPETENCIA DESLEAL. Actos de denigración y de obstaculización contrarios a la buena fe.

CASACIÓN Num.: 993/2012 **Ponente Excmo. Sr. D.:** José Ramón Ferrándiz Gabriel **Votación y Fallo:**
12/03/2014 **Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 167/2014

Excmos. Sres.:

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. Antonio Salas Carceller

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

En la Villa de Madrid, a siete de Abril de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por Ryanair, Ltd, representada por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Codes Feijoo, contra la sentencia dictada el trece de enero de dos mil doce, por la Sección Vigesimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Madrid. Es parte recurrida Red



Universal de Marketing y Booking Online, SA, representada por el Procurador de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por escrito registrado, por el Juzgado Decano de Madrid, el quince de octubre de dos mil ocho, el Procurador de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado, obrando en representación de Red Universal de Marketing y Bookings Online, SA (Rumbo), interpuso demanda de juicio ordinario contra Ryanair Ltd.

En el escrito de demanda, la representación procesal de Red Universal de Marketing y Bookings Online, SA -en lo sucesivo Rumbo -alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que su representada era una agencia de viajes, mayorista y detallista, que prestaba sus servicios tanto a los consumidores cuanto a otros agentes del mercado turístico y que lo hacía on-line, siendo en ese ámbito una de las más importantes de España. Que su particularidad como agencia de viajes consistía en que desarrollaba la actividad por Internet, realizando su labor de intermediación con recursos informáticos, de modo que ponía a disposición de sus clientes una herramienta que consistía en un motor de búsqueda de información sobre vuelos, como demostraba con el documento aportado con el número 4. Que, en concreto, utilizaba una técnica conocida como " *screen scraping* ", a la que luego se referirá. Que su actividad consistía en mediar, onerosamente, en la venta de billetes o en la reserva de plazas en toda clase de medios de transporte, incluidos los vuelos de Ryanair Ltd, actividad que se regía por las normas aplicables, en especial, por el Decreto de la Comunidad Autónoma de Madrid 99/1996, de 27 de junio - cuyo artículo 1 definía la naturaleza de las agencias de viajes - y la Ley de la misma Comunidad Autónoma 1/1999, de 12 de marzo - cuyo artículo 32 mencionaba los fines de las agencias de viaje -.

Añadió que, por los servicios que prestaba, obtenía un precio que se añadía al de los billetes u otros objetos de la contratación de sus clientes. Que ella no vendía los billetes de avión de la demandada, sino que era Ryanair Ltd. quien lo hacía. Que, sin embargo, ella cobraba sus servicios, de modo exclusivo - lo que afirmaba porque Ryanair Ltd. había tachado con insistencia a las agencias de " *ladronas* ", por vender los billetes de sus vuelos a mayor precio del que ella había establecido -. Que, en definitiva, los clientes pagaban el mismo precio por los billetes, si bien ella cobraba una cantidad por sus servicios. Que informaba a sus clientes de que los pagos eran distintos - como demostraba como los documentos aportados con los números 5 y 6, consistente en copias de impresión de la página web -.

También alegó que Ryanair Ltd., la demandada, era la mayor compañía aérea " *low cost* " que operaba en Europa y que, de hecho ostentaba una clara posición de dominio en varias rutas aéreas europeas y un directo monopolio en otras tantas, como había declarado la Comisión Europea con ocasión de impedir la compra por Ryanair de Air Lingus -aportó, como documento número 7, un resumen y, como documento número 8, un estudio de las compañías de bajo coste en España -.

Que Ryanair Ltd. también obtenía rendimientos en los mercados conexos, optando en concreto por un sistema de venta de billetes sólo por medio de su web. Que, pese a que Ryanair Ltd. no podía desarrollar actividad de agencia de viajes, la ejecutaba por medio de Ryanhotels, que no tiene personalidad independiente de ella.

Igualmente alegó que las agencias de viajes necesitaban de cierto software para permitir a sus clientes la búsqueda y obtención de información sobre todas las ofertas de vuelos de las distintas compañías aéreas y que sin esa posibilidad Rumbo no podría operar, de modo que ofrecía a sus clientes ese servicio, esencial en la actividad de las agencias de viajes. Que el *screen scraping* consistía en una técnica informática que permitía localizar y analizar información que, con carácter previo, había sido hecha pública y accesible a todos en Internet. Que, por otro lado, era obvio que esa actividad de Rumbo generaba beneficios a las compañías aéreas. Que, por ello, entendía que el rechazo de Ryanair Ltd. se debía a que no quería la transparencia que genera en el mercado la actividad de Rumbo y otras agencias on-line y porque también quería obtener beneficios aguas abajo de la actividad de aerolínea, operando en mercados conexos.

Que, en agosto de dos mil ocho, Ryanair Ltd. expresó, en su web en lengua inglesa, su satisfacción por el hecho de que una agencia irlandesa que utilizaba técnicas de " *screen scraping* " hubiera dejado de incluir datos de sus vuelos y advirtió de sus propósitos, al respecto - ..." *Ryanair introducirá el próximo lunes (11 de agosto) nuevos procedimientos para cancelar todas las reservas de pasajeros hechas a través de Web de screen scraping. Creemos que esta es una forma más rápida y efectiva de desalentar esta actividad ilegal...* "-.

Que Ryanair Ltd. interpuso una demanda contra Rumbo, que tramitó con ese número el Juzgado de lo Mercantil número Cinco de Madrid, con la pretensión de que no agregase datos de sus vuelos. Que la demandante calificó tal conducta como constitutiva de infracción contractual, del derecho sui generis sobre sus bases de datos,



de derechos de propiedad intelectual sobre su software y de actos **competencia desleal**. Que, por su parte, Rumbo, al contestar, negó las imputaciones.

Que el once de agosto de dos mil ocho Ryanair Ltd. anunció que, a partir de esa misma fecha, cancelaría los vuelos de sus clientes convenidos con agencias on-line. Que, además, no abandonó sus intenciones, pese a la petición de explicaciones que le formularon por las Administraciones públicas.

Que, además, siguió una estrategia denigratoria en contra de las agencias, con declaraciones en las que afirmaba que las mismas "cobran tarifas altas...", "venden de manera ilegal...", "cobran comisiones ilegítimas...", son "parásitos del sector, madera muerta", pues "roban a los consumidores ..." y son "los bastardos de las agencias de internet"..., lo que demostraba con los dossiers aportados como documentos números 17 y 18. Que, evidentemente, se trataba de hechos falsos, de contenido denigratorio, pues con las declaraciones trasladaba al mercado la idea de que las agencias de viajes que operaban en Internet no podían vender y había riesgo de que las operaciones con ellas fueran canceladas. Que, en definitiva, se trataba de manifestaciones, además de ser denigratorias, obstaculizadoras de su actividad.

Igualmente alegó que Ryanair Ltd. había introducido en sus condiciones generales una cláusula, en lengua inglesa, por la que se reservaba la facultad de denegar el embarque si el pasajero no hubiera formulado su reserva en la propia página web, junto con las causas clásicas de denegación de dicho embarque. Que, también, había incluido una cláusula, en castellano, por la que exigía que las reservas se hicieran directamente en www.ryanair.com, con advertencia de cancelarlas, en otro caso, sin aviso ni reembolso, lo que demostraba con los documentos aportados con los números 19 y 20.

Que todo ello había determinado en Rumbo la necesidad de un considerable despliegue de medios humanos para atender a los clientes, temerosos y confundidos, además de los lógicos perjuicios producidos por la desviación de la clientela, con grave daño a su imagen y reputación, como demostraba el informe pericial aportado como documento número 21.

En los fundamentos de derecho, apoyó la legitimación activa de Rumbo en el artículo 19.1 y la pasiva de Ryanair Ltd. en el artículo 20, ambos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal**. Que, en todo caso, se trataba de una actividad realizada en el mercado español, como exigen los artículos 2 y 4 de dicha Ley, y con una clara finalidad concurrencial.

Que, en definitiva, Ryanair Ltd. había cometido actos desleales de discriminación, tipificados en el artículo 16.1 de la Ley 3/1991, dado que se negaba a prestar servicios a los consumidores que pretendieran contratarlos asesorados por una agencia de viajes on-line. Que, además, se había negado a embarcar clientes que hubieran contratado sus servicios en la forma descrita, todo ello sin causa justificada.

Que también había cometido actos de denigración y de obstaculización, tipificados o previstos, respectivamente, en los artículos 9 y 5 de la propia Ley.

Con esos antecedentes, en el suplico de la demanda la representación procesal de Red Universal de Marketing y Bookings

Online, SA (Rumbo) interesó del Juzgado de lo Mercantil competente una sentencia que "1.-Declare que Ryanair ha cometido un acto de **competencia desleal** por denigración contra Rumbo, en contravención de lo previsto en el artículo 9 de la Ley de **Competencia Desleal**. 2.-Declare que Ryanair ha cometido un acto de **competencia desleal** por discriminación en materia de condiciones de venta, de los previstos en el artículo 16.1 de la Ley de **competencia desleal**. 3.-Declare que Ryanair ha cometido un acto de **competencia desleal** por obstaculización, contrario a lo previsto en el artículo 5 de la Ley de **Competencia Desleal**. 4.-Ordene Ryanair cesar en las actuaciones constitutivas de los anteriores actos de **competencia desleal**, así como a no reiterarlas; en particular, ordene a Ryanair: (i) cesar y no reiterar la realización de amenazas de cancelación de las reservas de billetes de avión realizadas por pasajeros que utilizan los servicios de Rumbo; (ii) cesar y no reiterar la cancelación de reservas de billetes de avión realizadas por pasajeros que utilizan los servicios de Rumbo; (iii) cesar y no reiterar la inclusión en las condiciones generales de su contrato de transporte de las cláusulas identificadas en el hecho cuarto de este escrito y no invocar tales cláusulas u otras con distinto redactado pero idéntica finalidad; y (iv) cesar y no reiterar la realización de manifestaciones denigratorias acerca de Rumbo y, en general, de la actividad de las agencias de viajes online. 5.-Ordene a Ryanair comunicar al público, a su costa y como medida de remoción de las informaciones que indebidamente ha vertido en el mercado, el resultado de este procedimiento, mediante la publicación íntegra de la sentencia que en su día se dicte en las páginas de información general: La Vanguardia, El País y El Mundo, así como en las páginas de información sobre empresas de los siguientes diarios de información económica: Expansión y Cinco Días. 6.-Condene a Ryanair a indemnizar a mi representada por los daños y perjuicios que su conducta ha ocasionado a Rumbo en la cantidad que resulte de la prueba practicada".



SEGUNDO. La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil número Uno de Madrid, que la admitió a trámite, por auto de diez de noviembre de dos mil ocho, conforme a las normas del juicio ordinario, con el número 1070/2008.

Ryanair, Ltd. fue emplazada y se personó en las actuaciones representada por el Procurador de los Tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro, que contestó la demanda.

En el escrito de contestación, la representación procesal de Ryanair Ltd. alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que su representada era libre de decidir como organizaba la comercialización de sus productos y que, en ejercicio de esa libertad, había decidido poner fin a las vías de distribución externas por las que se vendían sus billetes, en el marco de la política de low cost y para ofrecer a su clientela una auténtica garantía de bajo precio. Que Ryanair Ltd. había organizado su negocio contando con la venta directa de sus billetes a los consumidores, por medio de su página web www.ryanair.com. Que su actividad en tal sentido había sido aceptada como lícita por las autoridades en materia de competencia, en particular, por la Comisión Europea - como demostraba con el documento aportado con el número 1

- y la autoridad irlandesa de competencia - como demostraba con el documento aportado con el número 2 -. Que, realmente, eran los consumidores los afectados directa y negativamente por la actuación de las agencias on-line, dado que las mismas ocultaban información, se aprovechaban de su esfuerzo y cargaban a los consumidores unas comisiones desproporcionadas y abusivas, en demostración de lo que aportaba los documentos números 3 a 18.

Añadió que era Rumbo la que obstaculizaba su actividad, al tomar vuelos que no podía reservar e invadir unas páginas web que no podía visitar. Que, en cuanto a Ryanair Ltd., lo importante era que, a diferencia de Rumbo, había llegado a acuerdos para la prestación de servicios o venta de productos accesorios. Por otro lado, negó la certeza de la acusación de que opera como una agencia de viajes. Igualmente negó que no le interesara la transparencia del mercado y señaló que la referencia contenida en la demanda a que pretendía controlar los mercados conexos era totalmente gratuita y carente de fundamento.

Así mismo alegó que sus declaraciones a la prensa sobre el propósito de cancelar reservas efectuadas por agencia de viajes on-line, respondían a su libertad de expresión, que había ejercitado para dar a conocer al público una decisión empresarial legítimamente tomada, con una información siempre objetiva, veraz y relevante.

Añadió que las cláusulas contractuales a que se refería la demanda eran lícitas y ajustadas a Derecho y que la propia Rumbo prohibía que se hiciera en su página lo que ella hacía en la de Ryanair.

Negó la realidad de los daños alegados en la demanda y, en el suplico del escrito de contestación, la representación procesal de Ryanair Ltd. interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Madrid, una sentencia *"por la que desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora"*.

TERCERO. Celebrados los actos de audiencia previa y del juicio, practicada la prueba que, propuesta, había sido admitida, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Madrid dictó sentencia en el juicio ordinario número 1070/2008, con fecha trece de septiembre de dos mil diez, con la siguiente parte dispositiva: *" Fallo. Que debo estimar y estimo en parte la demanda interpuesta por Red Universal de Marketing y Bookings Online, SA, contra Ryanair Ltd., por lo que: 1.-Debo declarar y declaro que Ryanair ha cometido un acto de **competencia desleal** por denigración contra Rumbo, en contravención de lo previsto en el artículo 9 de la Ley de **competencia desleal** ; 2.- Debo declarar y declaro que Ryanair ha cometido un acto de **competencia desleal** por obstaculización, contrario a lo previsto en el artículo 5 de la Ley de **competencia desleal** ; 3.-Debo ordenar y ordeno cesar a Ryanair en las actuaciones constitutivas de los anteriores actos de **competencia desleal**, así como a no reiterarlas; en particular, ordeno a Ryanair: (i) cesar y no reiterar la realización de amenazas de cancelación de billetes de avión que hayan sido adquiridos con anterioridad a fecha del anuncio por pasajeros que utilizan los servicios de Rumbo; (ii) cesar y no reiterar la realización de manifestaciones denigratorias acerca de Rumbo y, en general, de la actividad de las agencias de viajes online. Todo ello sin expreso pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta instancia "*.

CUARTO. Las representaciones procesales de ambas partes litigantes recurrieron en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Madrid, en el juicio ordinario número 1070/2008, con fecha trece de septiembre de dos mil diez.

Las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se turnaron a la Sección Vigésimotercera de la misma, que tramitó el recurso de apelación, con el número 255/2011, y dictó sentencia con fecha trece de enero de dos mil doce, con la siguiente parte dispositiva: *" Fallamos. Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Red Universal de Marketing y Bookings Online, SA (Rumbo), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Madrid en el proceso del que dimanaron las actuaciones*



y cuya parte dispositiva se transcribe e en los antecedentes y, en consecuencia, revocamos dicha resolución y: Declaramos: 1.-Que Ryanair ha cometido un acto de **competencia desleal** por denigración contra Rumbo, en contravención de lo previsto en el artículo 9 de la Ley de **competencia desleal** . 2.-Que Ryanair ha cometido un acto de **competencia desleal** por discriminación en materia de condiciones de venta, de los previstos en el artículo 16.1 de la Ley de **competencia desleal** . 3.-Que Ryanair ha cometido un acto de **competencia desleal** por obstaculización, contrario a lo previsto en el artículo 5 de la Ley de **competencia desleal** . Ordenamos: Que Ryanair cese en las actuaciones constitutivas de los anteriores actos de **competencia desleal**, así como que no las reitere, y en particular: (i) cese y no reitere la realización de amenazas de cancelación de las reservas de billetes de avión realizadas por pasajeros que utilizan los servicios de; (ii) cese y no reitere la cancelación de reservas de billetes de avión realizadas por pasajeros que utilizan los servicios de Rumbo; (iii) cese y no reitere la realización de manifestaciones denigratorias acerca de Rumbo y, en general, de la actividad de las agencias de viajes online. 2.-Que Ryanair comunique al público, a su costa y como medida de remoción de las informaciones que indebidamente ha vertido en el mercado, el resultado de este procedimiento, mediante la publicación del encabezamiento y de la parte dispositiva de la presente resolución en las páginas de información económica de los siguientes diarios de información general: La Vanguardia, El País y El Mundo, así como en las páginas de información sobre empresas de los siguientes diarios de información económica: Expansión y Cinco Días. Todo ello con expresa imposición a la demandada de las costas derivadas de la primera instancia. No se efectúa imposición de las costas del recurso de apelación. Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Ryanair Limited contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Madrid en el proceso al que hemos hecho referencia, con imposición a la parte apelante de las costas derivadas del recurso " .

QUINTO. La representación procesal de Ryanair Ltd. interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimotava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación número 255/2011, el trece de enero de dos mil doce .

Las actuaciones se elevaron a la Sala Primera del Tribunal Supremo, que, por auto de veintitrés de octubre de dos mil doce , decidió: " Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ryanair Ltd. contra la sentencia dictada, en fecha trece de enero de dos mil doce, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimotava), en el rollo de apelación número 225/2011 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 1070/2008, del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Madrid " .

SEXTO. El recurso de casación interpuesto, por la representación procesal de Ryanair Ltd., contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimotava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación número 255/2011, el trece de enero de dos mil doce , se compone de cuatro motivos, en los que la recurrente, con apoyo en la norma tercera, del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia:

PRIMERO . La infracción del artículo 16, apartado 1, en relación con el artículo 19, apartado 1, ambos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, y con el 38 de la Constitución Española . **SEGUNDO** . La infracción del artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal** . **TERCERO** . La infracción del artículo 9 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal** . **CUARTO** . La infracción del artículo 18, regla quinta, de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal** .

SÉPTIMO. Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador don Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de Red Universal de Marketing y Booking Online, SA, impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

OCTAVO. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el doce de marzo de dos mil catorce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Ramón Ferrándiz Gabriel** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los antecedentes. I.-Los Tribunales de ambas instancias declararon probado que la demandante, Red Universal de Marketing y Bookings Online, SA, agencia de viajes que opera en el mercado con el nombre comercial Rumbo - con el que la designaremos en lo sucesivo -, presta a su clientela, entre otros, servicios de mediación en la venta de billetes y en las reservas de plaza en toda clase de transporte de personas, a cambio de una contraprestación que identifica como " cargos de emisión " .

Rumbo presta esos servicios por medio de internet y pone a disposición de sus clientes una herramienta informática consistente en un motor de búsqueda de vuelos que permite obtener información comparada de las ofertas de distintas transportistas.



Ryanair Ltd., la demandada, se dedica, como porteadora, a la ejecución de transportes de bajo coste y está interesada en contratar directamente con los viajeros, sirviéndose para ello de sus propios medios informáticos. Consiguientemente, también lo está en evitar la mediación de agencias de viajes que, como Rumbo, operan " *on-line* ", porque entiende que la actuación de las mismas incrementa innecesariamente el coste total del transporte, en perjuicio de sus clientes y de su propia oferta en el mercado.

También declaró probado que, en agosto de dos mil ocho, Ryanair Ltd. anunció en su página web, que, a partir del día once del propio mes, utilizaría nuevos procedimientos para cancelar todas las reservas de vuelos obtenidas por procedimientos informáticos del tipo de los empleados por Rumbo. Y que, haciéndose eco de tal propósito, durante el mismo mes de agosto aparecieron, en diversos diarios de la prensa escrita española, informaciones anunciando y desmintiendo cancelaciones de contratos celebrados por mediación de agencias que operaban " *on-line* ".

Además, para referirse a dichas agencias, Ryanair Ltd. utilizó públicamente expresiones tales como " *venden los billetes ilegalmente [...]* ", " *estamos en contra de que atraquen a los clientes [...]* ", " *parásitos del sector [...]* ", " *roban a los consumidores [...]* ", " *son un método moderno de robo al consumidor [...]* ", " *timan a los clientes [...]* ", " *están estafando a los clientes [...]* " y son unos " *bastardos que dañan a los clientes de Ryanair y venden más caro [...]* ". II.-Rumbo - antes de que se promulgara la reforma de la Ley 3/1991, de 10 de enero, por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre - interpuso demanda contra Ryanair Ltd., con la pretensión de que (a) se declarase que la demandada había cometido actos de **competencia desleal**, consistentes en su denigración - artículo 9 -, así como en el tratamiento discriminatorio de los consumidores - artículo 16, apartado 1 -y en la infracción del estándar de buena fe - artículo 5 -; y (b) fuera condenada la demandada a cesar en tales comportamientos desleales, así como a costear la publicación de la sentencia y a indemnizarle en los daños que le había causado - reglas primera, segunda y quinta del artículo 18 -. III.-En la primera instancia la demanda fue estimada sólo en parte, pues el Juzgado de lo Mercantil declaró que Ryanair Ltd. había denigrado a Rumbo - artículo 9 -y llevado a cabo una actuación contraria al estándar de buena fe - artículo 5 -; y condenó a la demandada a cesar en los correspondientes comportamientos.

El Tribunal de la segunda instancia estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por Rumbo y declaró cometidos por Ryanair Ltd., además de los actos desleales afirmados en la sentencia apelada, el consistente en la discriminación de los consumidores -tipificado en el artículo 16, apartado 1, de la Ley 3/1991 -, tal como había pretendido la demandante. Además, consideró procedente condenar a la demandada a soportar la publicación de la sentencia. IV.-Contra la decisión judicial de segundo grado interpuso Ryanair Ltd. recurso de casación, por cuatro motivos a los que seguidamente damos respuesta - por un orden distinto del señalado por la recurrente -y teniendo en cuenta la redacción de la Ley 3/1991, de 10 de enero, antes de su reforma por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

Respecto de las causas de inadmisibilidad del recurso, alegadas por Rumbo en el trámite previsto en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , nos remitimos al auto de veintitrés de octubre de dos mil doce , en el que fueron rechazadas.

SEGUNDO. Enunciado y fundamentos del primero de los motivos.

El Tribunal de apelación, en aplicación del artículo 19 - actual 33

- de la Ley 3/1991, de 10 de enero, reconoció a Rumbo legitimación para ejercitar las acciones previstas en el artículo 18, contra Ryanair Ltd., por la comisión del comportamiento discriminatorio tipificado en el 16, apartado 1 , ambos de la propia Ley.

Esa decisión la argumentó el Tribunal en que la discriminación cometida por Ryanair Ltd. afectaba a los clientes de Rumbo, ante los que ésta " *tenía que responder por la confianza generada en su gestión* ", pues produjo en ellos una " *situación de pánico que incidía de manera directa sobre su actividad en el mercado, generando desconfianza en los servicios que presta [...] con ocasión del período vacacional* ", dado que había que entender que los consumidores habían sido " *el instrumento de una actuación contra Rumbo, en lo que entiende Ryanair que debe ser la defensa de sus intereses comerciales [...]* ".

Por otro lado, consideró realizado el tratamiento discriminatorio de los consumidores - de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, apartado 1, de la Ley 3/1991 -, porque, " *ante las diferencias surgidas en relación a la utilización de la técnica del <screen scraping> por las agencias de viaje on-line, considerada ilícita por Ryanair, y los supuestos (y no acreditados) incrementos de precio de los billetes, ésta compañía decidió cancelar todas las reservas de pasajeros hechas a través de webs de <screen scraping>, de otras páginas web o de agencias de viajes on-line sin aviso y sin reembolso* ".

Por último, negó el Tribunal que la discriminación hubiera estado justificada por la libertad que tenía Ryanair Ltd. en orden a elegir el procedimiento de venta de sus productos - aunque " *nadie discute la libertad de Ryanair*



para determinar su política empresarial [...], lo cierto es que en ningún caso la libertad de empresa y, en su consecuencia, la política de venta directa elegida por Ryanair, puede erigirse en causa justificativa del trato discriminatorio respecto a los consumidores que hubieran utilizado los servicios de Rumbo, puesto que la venta de billetes en este caso también es directa, de manera que el consumidor contrata con Ryanair y le abona el precio correspondiente " - . II.-Ryanair Ltd. reaccionó contra la decisión del Tribunal de apelación de declararle autora del acto desleal descrito en el artículo 16, apartado 1, de la Ley 3/1991 y denunció, en el primero de los motivos de su recurso de casación, la infracción del referido precepto, en relación con el del artículo 19, apartado 1, de la misma Ley .

A.-En la primera parte del motivo, niega Ryanair Ltd. que Rumbo estuviera legitimada activamente para hacer valer en su contra una norma dictada para la específica protección de los consumidores, ya que carecía de tal condición y no había sufrido perjuicio o amenaza directa en sus intereses económicos. B.-En la segunda parte del motivo alega la recurrente que, al anunciar la cancelación de los contratos concertados con la intermediación de agencias " on-line ", no hizo otra cosa que llevar a la práctica el modelo de empresa por el que había optado, en legítimo ejercicio de la libertad que le reconocía el artículo 38 de la Constitución Española .

TERCERO. Estimación del motivo en su primera parte.

Según expresa en su preámbulo la Ley 3/1991, el artículo 19 contempla, junto a la tradicional legitimación privada, que se amplía al consumidor perjudicado, una legitimación colectiva, atribuida a asociaciones profesionales y de consumidores, con el propósito de armonizar el régimen de la legitimación activa con la orientación general de la propia Ley y, al mismo tiempo, con la conveniencia de multiplicar la probabilidad de que las conductas incorrectas no queden sin sanción.

Dispone el artículo 19 que, para el ejercicio de las acciones que enumera, en sus apartados 1 a 5 el artículo 18, está legitimada toda persona que, aunque no sea empresaria y competidora del sujeto activo del acto desleal, reúna dos condiciones: la de participar en el mercado y la de ser titular de intereses directamente perjudicados o amenazados de serlo por el acto de **competencia desleal** de que se trate.

Que Rumbo tiene la primera condición no ha sido negado en el recurso. Sí lo ha sido la segunda, que - como pusimos de manifiesto en la sentencia 879/2009, de 20 de enero de 2010 - presupone una determinada relación entre la parte y el objeto del proceso que justifique o fundamente su pretensión y que consiste en que los intereses económicos del partícipe en el mercado, además de perjudicados o amenazados por el acto de **competencia desleal** contra el que reacciona, han de haberlo sido directamente. Es decir que el perjuicio o la amenaza han de haber resultado inmediatamente de su causa ilícita.

El acto señalado en la demanda como causante del perjuicio de los intereses económicos de Rumbo es el descrito en el artículo 16, apartado 1, de la Ley 3/1991 , esto es, " [e]l tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta [...] ". Por ello, hay que entender que lo normal es que sean los discriminados quienes reciban en sus intereses económicos, de un modo directo o inmediato, el efecto negativo que se trata de reprimir o evitar. En definitiva, normalmente serán ellos quienes ostenten la legitimación activa, individual o colectivamente.

Es cierto que el Tribunal de apelación declaró probado que entre los consumidores discriminados por Ryanair Ltd. se encuentran los clientes de Rumbo, empresa que compite en un mercado conexo al del transporte, por lo que no hay duda de que la misma pudo sufrir también un perjuicio o una amenaza a causa del acto desleal tipificado en el artículo 16, apartado 1. Sin embargo, ese perjuicio o amenaza de los intereses económicos de Rumbo no se presenta como una consecuencia directa o inmediata de la discriminación, sino sólo indirecta o mediata, esto es, por derivación de la que pudiera haber sufrido su clientela, esta sí, directamente.

En aplicación de dicha doctrina, procede estimar el motivo, en su primera parte, y casar en tal particular la decisión recurrida.

Dicha estimación convierte en innecesario el examen de la segunda parte del motivo.

CUARTO. Enunciado y fundamentos del tercero de los motivos. I.-El Tribunal de apelación consideró que la conducta de Ryanair Ltd. - consistente en la publicación de manifestaciones referidas a agencias de viajes del tipo de Rumbo, " con expresiones que provocan un evidente descrédito en el mercado, hasta el punto de resultar meramente insultantes, de las que se desprende que se roba, tima o estafa a los clientes, cuando dicha actividad consiste en la posibilidad de comparar las distintas ofertas del mercado y asistir al cliente en la adquisición de los billetes de manera inmediata " - era constitutiva del acto ilícito descrito

en el artículo 9 de la Ley 3/1991 , pues tenía por objeto la actividad y prestaciones de aquellas empresarias, menoscababa su crédito en el mercado y su contenido no era exacto, verdadero ni pertinente .



Entendió el Tribunal que, aunque las manifestaciones no estaban dirigidas nominativamente a Rumbo - cuestión que le había sido planteada " *ex novo* " en la apelación y a la que no tenía que dar respuesta - el destinatario de los servicios que dicha agencia prestaba, por " *las fechas en las que tuvieron lugar los acontecimientos examinados* ", normalmente la habría identificado como una de las concernidas .

II. Con ese antecedente, en el tercer motivo de su recurso de casación, denuncia Ryanair Ltd. la infracción del artículo 9 de la Ley 3/1991, de 10 de enero . A.-Niega que hubiera cometido acto de denigración alguno, al haberse limitado a ejercitar su libertad de expresión. Añade que sus manifestaciones, realmente, iban dirigidas a proteger a los consumidores, dadas sus referencias al coste de unos servicios de mediación inútiles, a veces superiores a los del propio transporte. B.- Igualmente sostiene que en modo alguno podría haber perjudicado el crédito o prestigio en el mercado de Rumbo, dado que no se había referido en sus manifestaciones expresamente a ella.

QUINTO. Desestimación del motivo.

El artículo 9 de la Ley 3/1.991 describe como desleal la realización o la difusión de manifestaciones sobre la actividad de un participante en el mercado y sobre sus prestaciones, establecimiento o relaciones mercantiles, siempre que resulten aptas para menoscabar el crédito del mismo en aquel ámbito y no sean verdaderas, exactas y pertinentes. A.-Como precisó la sentencia 627/2010, de 26 de octubre -seguida por la ahora recurrida -el menoscabo del crédito constituye una modalidad de denigración que no tiene necesariamente que coincidir con los contornos de la lesión del honor, por más que el concepto de éste sea muy amplio y dependa, en cada caso, de las normas, valores e ideas sociales vigentes en el momento de que se trate; y por más que con su protección se pretenda también dar amparo a la buena reputación, frente a expresiones o mensajes que hacen desmerecer en la consideración ajena, por ir en descrédito o menosprecio del afectado - sentencias del Tribunal Constitucional 180/1.999, de 11 de octubre , 52/2.002, de 25 de febrero , 216/2.006, de 3 de julio , y 51/2.008, de 14 de abril , entre otras-.

Realmente, el artículo 9 de la Ley 3/1.991 trata de evitar el daño al crédito de un agente económico, pero no para darle directa protección, sino para asegurar, por medio de su tutela, el correcto funcionamiento del mercado. Expresando la idea con otras palabras, cabe decir que ese crédito se protege por la Ley 3/1.991 -ante manifestaciones que son falsas, inexactas o impertinentes -, porque se quiere amparar el adecuado desenvolvimiento de la institución de la competencia, impidiendo que las leyes de la oferta y la demanda resulten influidas por un acto injustificado de obstaculización del competidor o, incluso, por una decisión del consumidor deficientemente formada.

La sentencia de 725/2006, de 11 de julio se refirió a los requisitos integrantes del tipo de deslealtad de que se trata. Y todos ellos concurren en el caso que enjuiciamos.

Con razón el Tribunal de apelación calificó como lesivas para la reputación o prestigio en el mercado de Rumbo, las manifestaciones atribuidas a Ryanair Ltd., carentes de la condición de verdaderas.

Sentado que el supuesto de hecho descrito en el artículo 9 debe construirse en cada caso teniendo en cuenta, además del contenido de la norma, la específica función que la misma cumple, hay que añadir que cuando el derecho de un participante en el mercado a un tratamiento exacto, veraz y pertinente de su reputación concurre con el derecho de un tercero - en este caso Ryanair Ltd. -a expresarse libremente, tal coincidencia de normas debe ser valorada para determinar cuál de los derechos protegidos es, a la vista de las circunstancias del caso, el más digno de protección, conforme a las reglas rectoras de cada uno y, al fin, a las conocidas como técnicas de ponderación y proporcionalidad.

El artículo 20, apartado 1, letras a) y d), de la Constitución Española , en relación con el artículo 53, apartado 2, del mismo texto, reconoce como derecho fundamental -especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial -el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

No obstante, las antes referidas técnicas de ponderación y proporcionalidad poca utilidad pueden tener en un caso, como es éste, en que se han difundido expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provocan objetivamente el descrédito de la persona concernida. Las manifestaciones que, en la sentencia recurrida, se atribuyen a la ahora recurrente no constituyen una crítica de la actividad profesional de las agencias de viajes que operan " *on-line* ", sino una descalificación injuriosa e innecesaria del comportamiento profesional de las mismas, mediante expresiones que ponen en duda o menosprecian, sin más, su probidad o su ética en el desempeño la actividad a que se dedican. B.- Ciertamente, se ha declarado probado que, en sus manifestaciones, la ahora recurrente no se refirió a Rumbo, sino a las agencias de viajes que, como ella, operan " *on-line* " .



Pero ese dato no aporta impedimento alguno para la comisión del acto desleal declarado en la sentencia recurrida, dado que el Tribunal de apelación, valorando la escasa amplitud del grupo y la importancia que Rumbo tenía en él, declaró que el menoscabo del crédito en el mercado de dicha entidad se produjo como consecuencia de las manifestaciones de Ryanair Ltd.

Se trata de una declaración que integra el supuesto de hecho del recurso, que debe ser respetada.

El motivo tercero se desestima.

SEXTO. Enunciado y fundamentos del segundo de los motivos. I.-El Tribunal de apelación consideró que la conducta de Ryanair Ltd. - consistente en anunciar la cancelación de vuelos adquiridos por los pasajeros, con anterioridad al anuncio, por medio de agencias "on-line" - y que esas advertencias, utilizadas por suplir la falta de instrumentos tecnológicos adecuados para eludir la técnica del "screen scraping", estaban dirigidas a "intimidar a los consumidores, clientes de Rumbo" y constituían "medidas ilícitas de represalia" y, al fin, de ilícita "obstaculización de la actividad de Rumbo en el mercado [...] ", razón por la que merecía ser considerada, en cuanto actividad injustificadamente obstaculizadora de la actividad concurrencial de un tercero, contraria al estándar de buena fe y, por ello, desleal de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 3/1991. II.-Por esa razón, en el segundo motivo de su recurso de casación, denuncia Ryanair Ltd. la infracción del artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal**. A.-En la primera parte de este motivo, niega la recurrente que hubiera cometido acto de obstaculización alguno, al haberse limitado a ejercitar el derecho a organizar libremente su negocio, conforme al modelo que le pareció más adecuado a sus intereses. Alega que su opción por un sistema de distribución directa y exclusiva de sus productos era una consecuencia del modelo de negocio por el que había optado y debía ser respetado en un sistema de mercado libre. B.-En la segunda parte del motivo sostiene la recurrente que el Tribunal de apelación debía haber seguido la jurisprudencia según la que la cláusula general solo es aplicable a conductas que no hubieran sido tipificadas por los demás artículos del capítulo II de la Ley 3/1991 y tratadas conforme a ellos.

SÉPTIMO. Desestimación del motivo.

Expusimos en la sentencia 623/2008, de 8 de julio, que los que el Tribunal de apelación denomina en su sentencia actos de obstaculización, en cuanto perjudiciales para la posición concurrencial de Rumbo, carecen propiamente de tipicidad en la Ley 3/1991, salvo que queden integrados en otros supuestos, como los descritos en los artículos 5 o 9 de la Ley 3/1991.

El artículo 5 de la Ley 3/1991, tal como resulta de la lectura del preámbulo de la misma, contiene una cláusula general prevista para la represión de la siempre cambiante fenomenología de la **competencia desleal**. Se trata de un tipo abierto, que se construyó siguiendo el estándar de la buena fe y que, al redactarse la norma, se impuso a otras valoraciones consideradas sectoriales y de inequívoco sabor corporativo, tales como la corrección profesional o los usos honestos en materia comercial e industrial -a los que se refiere el artículo 10 bis, apartado segundo, del Convenio de la Unión de París de 20 de marzo de 1883 -.

En definitiva, el artículo 5 permite calificar como desleales conductas no descritas en los demás preceptos de la Ley 3/1991, cuando, concurriendo los presupuestos sancionados en los artículos 1 a 4, sean contrarias al modelo o estándar en que la buena fe consiste - sentencia 476/2012, de 20 de julio -.

Es cierto, como señala la recurrente, que la jurisprudencia, en su labor de complementar el régimen de fuentes del ordenamiento, ha destacado que el artículo 5 no puede ser utilizado para calificar como desleales conductas que superen el control de legalidad a la luz de los preceptos de la propia Ley específicamente redactados para reprimirlas. Así, la sentencia 635/2009, de 8 de octubre, resumió la doctrina al respecto, recordando que la 130/2006, de 22 de febrero, había destacado que " *el artículo 5 de la Ley 3/1991 no puede servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedirlos* ". En similar sentido, son de mencionar las sentencias 725/2006, de 11 de julio, 1169/2006, de 24 de noviembre, 513/2010, de 23 de julio, 611/2011, de 12 de septiembre, y 75/2012, de 29 de febrero.

Sin embargo, no es incorrecto calificar como contrario al modelo de conducta a que se remite el artículo 5 de la Ley 3/1991, un intento, seriamente sostenido, de determinar el comportamiento económico de los consumidores, con la pública y expresa advertencia del empleo, por vías de hecho, de medidas perjudiciales para sus posiciones contractuales, ya ganadas, ante las que los mismos estarían a resguardo, en su condición de terceros contratantes de buena fe.

Por otro lado, la jurisprudencia a que se refiere la recurrente no es aplicable al caso que enjuiciamos.



Podría discutirse si el comportamiento descrito, que el Tribunal de apelación denominó obstaculizador, debería subsumirse más exactamente en el tipo del artículo 5 o en el del artículo 9, pero lo cierto es que, en todo caso, encaja en la previsión hipotética de la primera norma y que, al tener sustantividad fáctica frente a los demás ilícitos declarados, su sanción no resulta contraria al principio " *non bis in idem* " .

OCTAVO. Enunciado y fundamentos del cuarto motivo. I.-La resolución de primera instancia desestimó la pretensión de que la sentencia fuera publicada en varios diarios -deducida en la demanda por Rumbo -, porque la norma aplicable era la del ordinal quinto del artículo 18 de la Ley 3/1991 , en su primitiva redacción - conforme a la que " *el resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia* " - y la demandante había desistido oportunamente de la acción de indemnización de daños, ejercitada en la demanda.

El Tribunal de apelación estimó el recurso de Rumbo, ordenando la publicación del encabezamiento y la parte dispositiva de la sentencia en las páginas de información económica de diversos periódicos, a costa de Ryanair Ltd. Y lo hizo por dos razones: la primera, consistente en que el desistimiento de la demandante no había alcanzado a la pretensión relativa a la publicación; y la segunda, consistente en que, incluso antes de la reforma por la Ley 29/2009, la medida también podía servir para la remoción de los efectos del acto desleal, útil en el caso por la " *amplia repercusión entre los consumidores, no sólo por la incertidumbre generada y el temor de que la utilización de los servicios de Rumbo pudiera perjudicarles, sino también por la difusión entre el público de imputaciones a dicha compañía que generaban desconfianza hacia la misma* ". Efectos que el Tribunal entendió persistían en la fecha de la demanda, " *pues la afección al crédito de Rumbo no se ha remediado* " .

II.-En el cuarto y último motivo de su recurso de casación Ryanair Ltd. denuncia la infracción de la norma quinta del artículo 18 de la Ley 3/1991 .

Alega, por un lado, que no procede publicar la sentencia por tratarse de una medida de esencia resarcitoria, según la legislación aplicable, no haberse probado que Rumbo hubiera sufrido daños y haber desistido la misma de su acción de condena a la indemnización.

También sostiene que, aunque se atribuyera a la publicación una naturaleza de medida de remoción, tampoco procedería adoptarla, dado que no se había probado en el proceso la persistencia de los efectos de la actuación desleal.

NOVENO. Desestimación del motivo.

El Tribunal de apelación, como se ha indicado, consideró que el desistimiento de Rumbo no había alcanzado a su pretensión de publicación de la sentencia. Esa interpretación no es contraria a la norma invocada por la recurrente, dado que la medida de que se trata no constituye - incluso durante la vigencia de aquella - un mero accesorio de la acción de reparación pecuniaria.

De otro lado, el daño que la actuación de Ryanair Ltd. generó en el crédito y, en general, en la posición de Rumbo en el mercado relevante, ha sido declarado en la sentencia recurrida, en su realidad y persistencia.

Por ello, extraer consecuencias de una afirmación contraria a la que el Tribunal de apelación declaró probada, constituye una petición de principio, que no merece alcanzar éxito en casación - sentencia 132/2011, de 11 de marzo , y las que en ella se citan - .

DÉCIMO. Régimen de las costas.

La estimación de uno de los motivos del recurso de casación determina, en aplicación de la norma del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a no formular pronunciamiento de condena en costas de la recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

FALLAMOS

Declaramos haber lugar a estimar, en parte, el recurso de casación interpuesto por Ryanair Ltd. contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimooctava de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha trece de enero de dos mil doce .

Casamos dicha sentencia en cuanto declara que la recurrente ha cometido " *un acto de **competencia desleal** por discriminación en materia de condiciones de venta de los previstos en el artículo 16.1 de la Ley de **competencia desleal*** " .

Dejamos sin efecto ese pronunciamiento y mantenemos todos los demás de la referida sentencia.

Sobre las costas del recurso de casación no formulamos pronunciamiento de condena.



Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

José Ramón Ferrándiz Gabriel Antonio Salas Carceller

Ignacio Sancho Gargallo Rafael Sarazá Jimena

Sebastián Sastre Papiol

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Ramón Ferrándiz Gabriel**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ