



Roj: **SAP SE 4358/2004 - ECLI:ES:APSE:2004:4358**

Id Cendoj: **41091370052004100573**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **5**

Fecha: **15/11/2004**

Nº de Recurso: **6273/2004**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN MARQUEZ ROMERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

SENTENCIA

ILTMOS. SRES.

D. JUAN MARQUEZ ROMERO

D. JOSÉ HERRERA TAGUA

D. CONRADO GALLARDO CORREA

REFERENCIA

JUZGADO DE PROCEDENCIA: SEVILLA Nº 9

ROLLO DE APELACION: 6273/04

AUTOS Nº 1391/03

En Sevilla, a quince de noviembre de dos mil cuatro.

VISTOS por la Sección Quinta de esta Iltna Audiencia Provincial los autos de juicio ordinario nº 1391/03, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Sevilla, promovidos por la parte actora Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE), representada por EL Procurador D. Juan Lopez de Lemus, contra Empresa Complejo Bodeguero Bellavista S.L.U., representados por el Procurador D. Manuel Muruve Perez, autos venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia en los mismos dictada con fecha 24 de mayo de 2004.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan sustancialmente los de la resolución apelada, cuyo fallo literalmente dice: "Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. Juan Lopez de Lemus en nombre y representación de FEBE, contra Complejo Bodeguero Bellavista S.L., condeno a la demandada a realizar publicidad televisiva o por cualquier otro medio, del licor de ponche "Ponchesterol" en la que se mencione sus pretendidos efectos preventivos deberá cesar en las menciones relativas al supuesto efecto preventivo y/o terapéutico o de simple influencia sobre el nivel de colesterol, en el etiquetado de su producto "Ponchesterol", efectuada en la página web [http:// www.grupogarvey.com](http://www.grupogarvey.com). Finalmente la demandada deberá publicar a su costa la parte dispositiva de la presente resolución en el periódico "ABC" de Sevilla, así como en la edición nacional del diario "El País", todo ello con expresa condena a la demandada de las costas procesales del procedimiento. Así por esta sentencia, 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, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con los debidos escritos



de interposición de la apelación y de oposición a la misma, previo emplazamiento por 30 días a las partes, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.

SEGUNDO.- Por resolución de 4 de noviembre de 2004, se señaló la deliberación y votación de este recurso para el día 4 de noviembre de 2004, 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 MARQUEZ ROMERO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tras el examen y valoración de lo actuado en la primera instancia de este pleito, así como de las alegaciones que se efectúan en los escritos de interposición del recurso y de oposición al mismo, no puede el tribunal sino confirmar la sentencia apelada que, con sustancial estimación de la demanda promovida por la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE), acordó el cese y prohibió la reiteración en el futuro de la publicidad que ha venido haciendo la demandada Complejo Bodeguero Bellavista, S.L. de un licor de ponche que elabora y comercializa con la denominación "Ponchesterol", en la que se mencionan sus pretendidos efectos preventivos y terapéuticos sobre los niveles de colesterol.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se cuestionaban las alegaciones publicitarias recogidas en el etiquetado del producto, en anuncios difundidos por televisión y en la página web del grupo Garvey, al que pertenece la sociedad demandada.

Así, en la contraetiqueta de la botella puede leerse "Ponchesterol Garvey, licor de ponche; el Departamento de Nutrición y Desarrollo del Grupo Garvey ha elaborado el lipsol, una estudiada combinación de vitaminas y extractos vegetales que completan de forma óptima las características del Ponchesterol; los estudios científicos realizados, en colaboración con prestigiosas instituciones científicas independientes, demuestran que el lipsol es capaz de influir sobre los niveles de colesterol". Por su parte, en los mensajes publicitarios difundidos por televisión, una conocida presentadora alaba las excelencias del producto, afirmando que "el grupo Garvey, a través de su departamento de nutrición y desarrollo ha elaborado el lipsol, una estudiada combinación de vitaminas y extractos vegetales capaz de influir sobre los niveles de colesterol y que, saboreando Ponchesterol Garvey estaremos previniendo el colesterol y los riesgos asociados de su exceso en sangre; que el temido colesterol se puede combatir gracias a esta bebida; y que con productos tan inteligentes mimar la salud no es fatigoso". Y, finalmente, en la referida página web, con relación al producto de que se trata, se insiste en que "tiene capacidad para influir en los niveles de colesterol, según corroboran investigaciones de laboratorios independientes".

TERCERO.- Pues bien, esas menciones acerca de los efectos del licor de ponche en cuestión sobre los niveles de colesterol constituyen una publicidad ilícita, conforme a los preceptos de la Ley General de Publicidad, de 11 de Noviembre de 1.988, tanto por contravenir normas específicas que regulan la publicidad de este tipo de productos -artículo 3, e)-, como por constituir un supuesto de publicidad engañosa - artículos 3, b), 4 y 5-.

CUARTO.- En cuanto al primer aspecto determinante de la ilicitud de la publicidad de que se trata, que no ha sido objeto de discusión en el escrito de interposición del recurso, lo que, por sí solo, determinaría, sin más, la confirmación de la sentencia apelada, ya señaló esta que dicha publicidad conculca el Real Decreto 1.334/1.999, de 31 de Julio , por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, que, en su artículo 4, d), prohíbe que las bebidas alcohólicas se atribuyan propiedades sanitarias, curativas o preventivas de enfermedades, así como el Real Decreto 1.907/1.996, de 2 de Agosto , sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, que, en su artículo 4, prohíbe la publicidad o promoción de este tipo de productos sin ajustarse a los requisitos previstos en la Ley del Medicamento y, general, la de aquellos cuyos atribuidos efectos terapéuticos no se encuentren respaldados por suficientes pruebas técnicas acreditadas y expresamente reconocidas por la Administración Sanitaria del Estado.

QUINTO.- Pero, aparte de conculcar, y de una manera clara, la normativa específica en materia de publicidad, su ilicitud viene determinada también por el hecho de que entra de lleno dentro del concepto de publicidad engañosa, que define la Ley General de Publicidad, en su artículo 4 , como 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", puesto que, como se ha acreditado, esas propiedades del producto, capaz de influir en los niveles de colesterol, no responden a la realidad.



SEXTO.- Hay que partir de la base de que la carga de la prueba incumbe a la parte demandada, que en su publicidad sostiene esas propiedades preventivas o curativas, negadas de adverso, y que alega la existencia de estudios científicos que las avalan, "realizados en colaboración con prestigiosas instituciones científicas independientes", y ello conforme a los principios generales en materia de prueba, como el que dispensa la de los hechos negativos ("negativa non sunt probanda"), o el que determina el reparto de la carga de la prueba en función de la disponibilidad y facilidad probatoria de cada parte, y, muy especialmente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, en su apartado 4, expresamente dispone que "en los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita, corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente".

SÉPTIMO.- Siendo así, resulta que nada ha acreditado dicha parte, pues, frente al informe aportado de contrario, emitido por un Catedrático y un Profesor Asociado de la Universidad Complutense de Madrid, especialistas en Endocrinología y Nutrición, que pone de manifiesto la falta de evidencia científica de que extractos de plantas puedan tener efectos beneficiosos sobre el colesterol, así como el hecho de que en la literatura médica no se hace ninguna mención a un compuesto con el nombre de "lipsol", que es el que, según la publicidad enjuiciada, determina las propiedades preventivas y terapéuticas del producto de que se trata, la demandada, Complejo Bodeguero Bellavista, S.L., limitó su actividad probatoria a la aportación de un estudio del Departamento de Farmacología de la misma Universidad, realizado sobre un licor de ponche con extractos de crisantemo y de romero, que se administró a ratas de laboratorio, pero que no consta que se testara en personas, que no alude para nada al "Ponchesterol", ni tampoco al "lipsol", y cuya conclusión final es, únicamente, la de que "podría producir un efecto hipocolesterolemia en humanos, mediante su ingesta moderada", es decir, una mera y simple posibilidad, sin certidumbre de ningún tipo, cuando la publicidad, en cambio, toma por ciertas y asevera esas propiedades preventivas y curativas, la capacidad de influir sobre los niveles de colesterol.

OCTAVO.- No existen, por lo tanto, los "estudios científicos realizados en colaboración con prestigiosas instituciones científicas independientes", a los que aludía en la publicidad, y, mucho menos, que demuestren que el lipsol es capaz de influir sobre los niveles de colesterol, como también se decía, por lo que dicha publicidad no puede sino merecer la calificación de engañosa y, como tal, ilícita.

NOVENO.- Consecuentemente, y sin necesidad de entrar en más consideraciones, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia apelada, que estimó la acción ejercitada en este pleito, prevista en los artículos 25 y siguientes de la Ley General de Publicidad, y, en consonancia con lo interesado en el escrito de demanda, ordenó el cese de la publicidad ilícita, con las medidas consiguientes, que no han sido objeto de impugnación en el escrito de interposición del recurso, que guardó silencio acerca de las mismas, dispensando al tribunal de la necesidad de pronunciarse sobre las mismas.

DÉCIMO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a la demandada apelante el pago de las costas causadas en 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. Manuel Muruve Perez, en nombre y representación de Empresa Complejo Bodeguero Bellavista S.L.U, contra la sentencia dictada el día 24 de mayo de 2004, en los autos de Juicio Ordinario, nº 1391/03 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Sevilla, la debemos confirmar y confirmamos íntegramente con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Y en su día, devuélvase 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 MARQUEZ ROMERO, Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí el Secretario de lo que certifico.

DILIGENCIA.- En el mismo día se contrajo certificación de la anterior sentencia y publicación de su rollo; doy fe.-