



Roj: **SJM M 108/2014 - ECLI:ES:JMM:2014:108**

Id Cendoj: **28079470062014100029**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/06/2014**

Nº de Recurso: **817/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VAQUER MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL

NÚMERO SEIS

MADRID

PROCESO: Verbal nº 817/13

ASUNTO: Sentencia definitiva.

SENTENCIA N.º .

En la Villa de Madrid, a DIECIOCHO DE JUNIO DE DOS MIL CATORCE.

Vistos por el **SR. DON FRANCISCO JAVIER VAQUER MARTÍN**, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de esta ciudad y su partido judicial, los presentes autos de **PROCESO VERBAL**, seguidos en este Juzgado con el **N.º 817/13**, seguidos a instancia de **ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN**, representado por el Procurador Sr. Granizo Palomeque y asistida del Letrado D. Francisco Javier Angelina González; contra la entidad **EDICIONES ZETA, S.A.** representada por la Procuradora Sra. Juanas Fabeiro y asistida de la Letrado Dña. Celia Atucha Linares; y contra **VILOSA PREMIUM, S.L.U.**, representada por la Procuradora Sra. Rosique Samper y asistida del Letrado D. Miquel Torrents Espuña; sobre **publicidad ilícita y desleal**; y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expresado demandante formuló demanda de 2.10.2013, que por reparto correspondió a este Juzgado contra la ya citada demandada, por los cauces del proceso verbal, reclamando 1.- se declare que ilicitud del anuncio publicitario objeto de la demanda demanda y que su difusión constituye un supuesto de publicidad ilícita y un acto de competencia desleal; 2.- se ordene la cesación definitiva, y se prohíba su reiteración en el futuro; y 3.- se ordene la publicación del fallo de la sentencia, a costa de los demandados, en la misma revista que procedió a la publicación de la publicidad objeto de esta demanda; y costas; alegando en apoyo de su pretensión los hechos que constan en las actuaciones y acompañando la prueba documental que consta en las actuaciones.

SEGUNDO.- Admitida a trámite dicha demanda por Decreto de 10.10.2013 se acordó citar a las partes a la celebración del acto de la vista, haciendo las advertencias y prevenciones legales.

TERCERO.- Dentro de los tres días siguientes a la citación para la vista, las partes propusieron de conformidad con el párrafo 3º del Art. 440.1 de la L.E.Civil, las pruebas testificales que estimaron oportunas, las cuales fueron cursadas en el modo dispuesto en la Ley.

CUARTO.- Abierto el acto de la vista, compareció en forma el actor, con la defensa y representación ya citados, ratificando su escrito de demanda y el suplico de la misma.



Del mismo modo comparecieron en forma las entidades demandadas, representadas y asistidas en el modo antes referido; contestando a la demanda en el sentido de oponerse a la misma, en base a los hechos y alegaciones que constan en el Acta de la vista, aportando los documentos unidos.

QUINTO.- No habiéndose planteado en el acto de la vista cuestiones procesales que impidieran la prosecución de la vista, las partes propusieron los medios de prueba que estimaron oportunos, los cuales previa su admisión fueron practicados en el acto de la vista.

SEXTO.- Practicada la prueba y de conformidad con las normas reguladoras del proceso verbal, se declararon los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Jurisdicción, competencia y procedimiento.

La competencia objetiva y territorial para conocer de la presente causa corresponde a este Juzgado, según lo dispuesto en el Art. 45 y ss de la L.E.Civil; debiendo tramitarse por los cauces del juicio declarativo verbal, de conformidad con los Art. 250 y 437 de la Ley Rituaria.

SEGUNDO.- Posición de las partes. Hechos relevantes.

A.- Con invocación del art. 6 de la Ley General de Publicidad [-en adelante L.G.P.-] y de las acciones que a dicho precepto anuda el art. 32 de la Ley de Competencia Desleal [-en adelante L.C.D.-], así como del art. 19.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, solicita la actora la declaración de ilícita publicidad de la conducta desarrollada por la demandada comercializadora VILOSA PREMIUM, S.L.U., a través de la empresa editorial GRUPO ZETA, S.A. y sus revistas periódicas, consistente en la publicitación y comercialización de infusión con propiedades adelgazantes, sosteniendo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 del Real Decreto 1907/1996, sobre publicidad y promoción comercial de productos, que atribuyéndose públicamente propiedades adelgazantes, su publicidad debe considerarse prohibidas y por ello desleal.

B.- A ello se opone GRUPO ZETA, S.A., sosteniendo que como empresa editorial se limita a comunicar por precio y mediante contrato publicitario, el contenido publicitario aportado por el anunciante, hasta el punto de que en la revista objeto de litigio existe una reserva en su página 4 donde se hace constar que la editora no se hace responsable del contenido de los anuncios o mensajes publicitarios.

Del mismo modo se opone la codemandada VILOSA PREMIUM, S.L.U., invocando [-junto a las cuestiones procesales de especial pronunciamiento resueltas en el acto de la vista -falta del debido litisconsorcio pasivo necesario-] que el mensaje publicitario no recoge mensaje adelgazante ni influye a error en el consumidor, en cuanto tratándose de producto natural no está sujeto a los Reales Decretos invocados por el demandante, siendo carga procesal del demandante el acreditar y probar que el té rojo no produce los efectos.

TERCERO.- Publicidad desleal de producto con pretendida finalidad sanitaria por propiedad adelgazantes "CAFÉ MINCEUR FORTE".

A.- Para resolver la cuestión planteada debe partirse -a criterio de éste Tribunal- de un esencial dato fáctico, cual es la falta de aportación por la parte demandante de prueba bastante sobre la composición y contenido de los productos comercializados por la demandada VILOSA, de tal modo que atendiendo a la documental aportada por ésta en el acto de la vista debe concluirse [-a falta de otra prueba que la contradiga-] que el producto litigioso es un producto dietético de composición natural, al incorporar edrefina, teína, cafeína, polifenol y otras especias contenidas -esencialmente- en café "Robusta", café "Arábica" en polvo y extracto de té verde en polvo; y todo ello en preparación de infusión para su toma en dosis diarias.

B.- Del mismo modo, del examen del anuncio litigioso [pág. 33 del doc. nº 5 de la demanda] resulta:

1.- que el mismo está configurado en su encabezamiento y contenido como el testimonio de una consumidora de "CAFÉ MINCEUR FORTE", llamada Lorena, quien describiendo sentimientos de vergüenza y temor a la obesidad en su infancia y adolescencia, describe su evolución en edad, en peso y en talla [-todas ellas rechazadas de catastróficas-] hasta que describió el producto comercializado;

2.- seguidamente el testimonio describe como mediante el consumo de "CAFÉ MINCEUR FORTE" y tras pedir un curso de tres semanas adelgazó 11 kilos, y ello sin privarse de nada de lo que le gusta en su alimentación, llegando a aumentar posteriormente dicha pérdida de peso -sin ningún esfuerzo- a 19 kilos, tal solo tomando 1-2 veces al día la infusión adquirida tal como su fuera un café normal;

3.- que los efectos de pérdida de peso son inmediatos desde la primera ingesta, si bien progresivos en el tiempo, sin hacer dieta y sin ningún régimen de acompañamiento;



4.- que por ello ha aumentado su satisfacción, orgullo y autoestima, llegando a recomendar a todas sus amigas la adquisición y consumo del producto "CAFÉ MINCEUR FORTE"; habiendo llegado al convencimiento de que algo ha cambiado fisiológicamente en ella y, por ello, no engordará más, hasta el punto que un posterior embarazo a término no le produjo la recuperación de mayor peso;

y 5.- todo ello se acompaña de dos fotografías representativas de un antes y un después en el consumo del producto adquirido, mostrando de modo evidente la pérdida de peso en las magnitudes descritas en el testimonio.

C.- Así expuesto el contenido del producto comercializado y el modo, forma y contenido del mensaje publicitario, debe señalarse que es doctrina recogida en Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 17.6.2011 [ROJ: SAP M 8855/2011], dictada en un supuesto fáctico por anuncio en que *"... no se publicita que la pérdida de peso se va a conseguir mediante la planificación y seguimiento de una dieta equilibrada y la realización de ejercicio físico, ni existe indicio alguno de que así pudiera entenderlo un consumidor medio de los productos de que se trata, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, por la mera mención debajo de la marca NATUR HOUSE de la expresión "Nutrición y Dietética" y menos aún que no se pretenda vender producto alguno en los referidos establecimientos, por el contrario, sí deducirían que en dichos establecimientos se venden productos como los que se ven en el escaparate de la fotografía de cuya naturaleza, composición y propiedades no se suministra información alguna, salvo que permiten adelgazar, dada su capacidad para cortar el sobrepeso, en ambos anuncios, o rebajarlo de forma extraordinaria pues como ya hemos apuntado se afirma en el primero que dos personas han perdido 34 y 30 kilos, respectivamente..."*, señala -a los efectos que nos ocupan- que *"... en contra del criterio de la sentencia apelada, precisamente por no ser medicamentos, sí resulta de aplicación el artículo 4.2 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria. El artículo 1 del citado Real Decreto señala que: "Las Autoridades sanitarias y demás órganos competentes en cada caso, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley General de Sanidad, las disposiciones especiales aplicables en cada caso y lo establecido en este Real Decreto, controlarán la publicidad y promoción comercial de los productos, materiales, sustancias, energías o métodos que se anuncian o presentan como útiles para el diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades o desarrollos fisiológicos, adelgazamiento, modificación del Estado físico o psicológico, restauración, corrección o modificación de funciones orgánicas u otras pretendidas finalidades sanitarias, para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma" (énfasis añadido). Como se deduce de la mera lectura del precepto, el adelgazamiento se incluye expresamente entre las pretendidas finalidades sanitarias y la publicidad de los productos o métodos que se anuncian o presentan como útiles para el adelgazamiento tienen, por ello, una pretendida finalidad sanitaria. Por su parte el artículo 4.2 del Real Decreto 1907/1996, señala: "Salvo lo establecido en el artículo 3.1 de este Real Decreto (especialidades farmacéuticas y productos sanitarios), 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: 2. Que sugieran propiedades específicas adelgazantes o contra la obesidad"..."*

D.- Haciendo aplicación de tal regulación legal y doctrina jurisprudencial al presente supuesto resulta que el mensaje publicitario controvertido y el producto comercializado se encuentran sujetos a las disposiciones del Real Decreto 1907/1996, pues sugiriendo expresamente el producto y su anuncio propiedades adelgazantes [-por sí mismo, sin esfuerzo, sin privaciones y sin seguir dieta equilibrada o régimen alimenticio alguno-], su publicidad aparece prohibida por el art. 4.2º del citado Real Decreto.

Aún más, exigiendo dicho Real Decreto que la comercialización publicidad de productos con pretendida finalidad sanitaria esté sujeta a autorización administrativa previa y que su publicidad se ajuste al contenido de dicha autorización, resulta que la publicidad realizada infringe las exigencias dispuestas en el art. 7 del citado Real Decreto, en cuanto exigiéndose que la publicidad y promoción de tales productos con propiedades adelgazantes se ajuste a criterios de transparencia, exactitud, veracidad, evitando cualquier sesgo que pueda perjudicar las legítimas expectativas de una información correcta, resulta: 1.- que el mensaje publicitario examinado no contiene referencia a la composición del producto, sus propiedades y efectos; 2.- que sin dicha información se afirma que, por sí solo, comiendo lo de antes, sin dieta alguna y sin más esfuerzo, se consigue adelgazar 11 kilos en tres semanas, 19 kilos en 6 semanas; 3.- que se sugiere y evoca un cambio fisiológico unido al consumo del producto, no recuperando después peso alguno sea cual fuera la alimentación, incluido un embarazo; y 4.- que de modo explícito se invoca un profundo cambio psíquico, de tal modo que pasando de la ansiedad, vergüenza, rechazo corporal propio y de terceros, tras el consumo y la pérdida de peso se describe una satisfacción personal y la aceptación de terceros, lo que lleva a compartir el descubrimiento del producto con amigas; todo lo cual se aleja de los principios y exigencias publicitarias descritas en el precepto.



E.- Por ello, encontrándonos ante publicidad infractora de norma imperativa e ilegal, la citada Sentencia señala que "... en la medida en que la publicidad difundida por las demandadas infringe los artículos 4.2 y 7 del Real Decreto 1907/1996, constituye publicidad ilícita de conformidad con el artículo 3. e) de la Ley General de Publicidad, en su redacción aplicable al supuesto de autos por razones temporales, integrando el ilícito concurrencial del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal que considera como tal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto regular la actividad concurrencial. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 1348/2006, de 29 de diciembre, en relación con el precepto de referencia, señala que: "la calificación como desleal de la infracción de una norma no es una suerte de sanción general añadida a la prevista por la norma vulnerada, sino que supone un ilícito distinto al de la ilegalidad de la actuación, al tiempo que una sanción distinta a la prevista en la norma vulnerada, y así lo entiende un amplio y autorizado sector de la doctrina y puede deducirse de alguna decisión de esta Sala (Sentencia de 13 de marzo de 2000)". Por otra parte, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este tribunal en sentencias de 24 de enero de 2008 y 30 de diciembre de 2009, la infracción de las normas que regulan la publicidad integran la conducta del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, ya que tales normas tienen por objeto regular la actividad concurrencial en cuanto disciplinan la promoción de bienes, servicios, derechos y obligaciones en ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional...".

CUARTO.- Falta de legitimación pasiva de la editora de la revista "INTERVIU" que contiene el mensaje publicitario.

A.- Sostiene la codemandada GRUPO ZETA, S.A. que limitándose la misma a recoger y difundir el mensaje publicitario en una de sus revistas, en virtud de contrato publicitario, la responsabilidad del contenido del anuncio -y su posible ilicitud- es responsabilidad del anunciante y no de la empresa editora de la revista, tal como se advierte en el "staff" de la revista [pág. 4 del doc. nº 5 de la demanda].

B.- Tal alegación debe ser desestimada. En tal sentido baste recordar que el art. 7.2 del Real Decreto 1907/1996, antes citado, dispone que "... las agencias de publicidad, periódicos, revistas, emisoras de radio y televisión y cualquier otro medio de comunicación no admitirán publicidad que contravenga lo dispuesto en este Real Decreto...", lo que supone [-junto al control publicitario de las autoridades sanitarias-] un específico deber de vigilancia y control de dichas empresas editoras sobre el contenido de anuncios sobre productos con pretendida finalidad sanitaria, entre la que se encuentran los productos adelgazantes, incluso de natural composición en sus excipientes; control que fue obviado y desatendido por la codemandada.

Finalmente baste señalar que es doctrina recogida en la Sentencia antes referida, que "... La editora de la revista en tanto que medio de publicidad rechaza que pueda gozar de legitimación pasiva, como cooperadora, para soportar las acciones que se ejercitan con fundamento en la Ley de Competencia Desleal como consecuencia de ilícitos publicitarios, sin embargo, tal cuestión ya ha sido resuelta en sentido afirmativo por este tribunal en su sentencia de 30 de diciembre de 2009, a la vista de los amplios términos en que aparece configurada la legitimación pasiva en el artículo 20.1 de la Ley de Competencia Desleal (actualmente, artículo 34), a tenor del cual: "Las acciones previstas en el artículo 18 (ahora, artículo 32) podrán ejercitarse contra cualquier persona que (...) haya cooperado en su realización (del acto de competencia desleal)", lo cual implica que la demanda puede dirigirse contra cuantos brindan cooperación a la realización de un acto de competencia desleal facilitando con sus medios propios la realización del acto en cuestión, y sin cuya cooperación el meritado acto no habría tenido lugar, sin perjuicio de las particularidades que han de observarse en cuanto a la acción de resarcimiento (al exigirse, artículo 18.5ª -ahora 32.1.5ª- de la Ley de Competencia Desleal, que haya mediado dolo o culpa del agente) y la de enriquecimiento injusto (artículo 20.1 in fine -ahora 34.1 -: "No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento"). En esta categoría entrarían los medios de comunicación a través de los cuales se difunde publicidad ilícita constitutiva de un acto de competencia desleal, independientemente de su ajenidad al contenido del anuncio publicitado o la finalidad perseguida por el anunciante, y sin perjuicio de las matizaciones procedentes por razón de la clase de acción ejercitada en el sentido anteriormente apuntado. Por otra parte, ejercitadas las acciones declarativa de deslealtad y de cesación fundadas en la Ley de Competencia Desleal y no la de cesación de publicidad ilícita con fundamento en la Ley General de Publicidad, resulta estéril el esfuerzo realizado por el apelado para defender su falta de legitimación como medio de publicidad frente a las acciones ejercitadas con fundamento en la Ley General de Publicidad...".

Procede, por todo ello, la íntegra estimación de la demanda.

QUINTO.- Dada la estimación de la demanda, las costas causadas en la instancia serán satisfechas por las partes demandadas.

En su virtud, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,



FALLO

Que estimando la demanda formulada a instancia de **ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN**, representado por el Procurador Sr. Granizo Palomeque y asistida del Letrado D. Francisco Javier Angelina González; contra la entidad **EDICIONES ZETA, S.A.** representada por la Procuradora Sra. Juanas Fabeiro y asistida de la Letrado Dña. Celia Atucha Linares; y contra **VILOSA PREMIUM, S.L.U.**, representada por la Procuradora Sra. Rosique Samper y asistida del Letrado D. Miquel Torrents Espuña; debo:

- 1.- declarar la ilicitud del anuncio publicitario objeto de la demanda y publicado en el nº 1.932 [semana del 6-12 de mayo de 2013] de la revista "INTERVIU" a su página 33, relativo al testimonio de Lorena respecto al producto "CAFÉ MINCEUR FORTE" con pretendidas propiedades adelgazantes y contra la obesidad; y declarar que su difusión constituye un supuesto de publicidad ilícita y un acto de competencia desleal;
- 2.- ordenar la cesación definitiva y prohibir su reiteración en el futuro;
- 3.- se ordene la publicación del fallo de la sentencia, a costa de los demandados, en la misma revista que procedió a la publicación de la publicidad objeto de esta demanda;
- 4.- con imposición de las costas a las partes demandadas.

Así por esta Mi sentencia, que se notificará a las partes en legal forma, y contra la que cabe preparar [Art. 457 L.E.C.] recurso de apelación en el plazo de veinte días a contar de su notificación, ante este Juzgado, a resolver por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

De conformidad con la D.Adicional 15ª de la LOPJ, introducida por la LO 1/09 (BOE 4.11.2009), la interposición del recurso de apelación, **será precisa la consignación como depósito** de 50 euros en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado [para este procedimiento: 2762-0000-00-1493_07] en la entidad Banesto y acreditarlo documentalente ante este tribunal, aportando copia del resguardo de ingreso; el depósito **no deberá consignarse** cuando el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u organismo autónomo dependiente.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido. Cuando puedan realizarse ingresos simultáneos por la misma parte procesal, deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el concepto el tipo de recurso de que se trate en cada caso.

Si por una misma parte se recurriera **simultáneamente** más de una resolución que pueda afectar a una misma cuenta expediente, deberá realizar tantos ingresos diferenciados como resoluciones a recurrir, indicando el tipo de recurso de que se trate y la fecha de la resolución objeto de recurso en formato dd/mm/aaaa en el campo de observaciones.

E\

PUBLICACIÓN

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia y en el local del Juzgado, de lo que doy fe.